

Die Zulassung ausländischer Versicherungs- unternehmen in Deutschland

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

DOKTORS DER RECHTE

bei dem Fachbereich Rechtswissenschaft

der Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Bernd Späte

Gerichtsreferendar in Berlin

1973

Die Zulassung ausländischer Versicherungs-
unternehmen in Deutschland

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543105_0061

B. Ladewig · Dissertationsdruck · 1 Berlin 12 · Pestalozzistraße 106
Tel.: 312 88 85 · 313 81 98

Die Zulassung ausländischer Versicherungs- unternehmen in Deutschland

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

DOKTORS DER RECHTE

bei dem Fachbereich Rechtswissenschaft

der Freien Universität Berlin



vorgelegt von

Bernd Späte

Gerichtsreferendar in Berlin

1973

Erstgutachter: Professor Dr. iur. Karl Sieg
Zweitgutachter: Professor Dr. iur. Detlef Merten
Tag der mündlichen Prüfung : 1. Juni 1973



Inhaltsübersicht

	Seite
Vorwort	1
<u>Erster Teil :</u>	
A. Die Marktsituation ausländischer VU in Deutschland	3
I. Die Situation vor 1945	3
II. Die Nachkriegsentwicklung in den aufsichtspflichtigen Versicherungszweigen	4
III. Die Nachkriegsentwicklung in den aufsichtsfreien Versicherungszweigen	7
IV. Ausländische Kapitalbeteiligung an deutschen Versicherungsunternehmen	9
V. Der Einfluß ausländischer Rückversicherer	10
VI. Schlußfolgerungen	10
B. Die gesetzlichen Grundlagen der Zulassung zum Inlandsgeschäft	11
I. Die Zulassung nach geltendem Recht	11
1. Die Regelung der Zulassung nach §§ 8 und 105, 106 VAG	11
2. Modifikationen der Erlaubnis in Staatsverträgen	16
II. Die Regelung der Zulassung nach kommendem Recht	17
1. Überblick	17
2. Regelungen nach dem Recht der OECD	18
3. Regelungen nach dem "Allgemeinen Programm" der EWG	19
a) Regelungen für EWG-angehörige Versicherungsunternehmen	19
b) Regelungen für Drittauslandsunternehmen	22

Zweiter Teil :

A. Die Verfassungsmäßigkeit der geltenden Zulassungsbestimmungen	26
I. Problemstellung	26
II. Die Rechtsnatur der in §§ 105, 106 VAG statuierten Erlaubnis	28
1. Abgrenzung zwischen präventivem und represivem Verbot	28
2. Ermittlung nach dem Gesetzeswortlaut	30
3. Ermittlung nach der Zwecksetzung	32
4. Ergebnis: §§ 105, 106 VAG als präventives Verbot mit freiem Erlaubnisvorbehalt	36
III. Die Verfassungswidrigkeit des freien behördlichen Ermessens nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	36
1. Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip	36
2. Verstoß gegen Grundrechte	40
3. Schlußfolgerungen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	42
a) Die Notwendigkeit einer "Eingriffsnorm"	42
b) Die Notwendigkeit einer Grundrechtstangierung	43
IV. Die Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze des Bundesverfassungsgerichts auf die Zulassungsregelung der §§ 105, 106 VAG	44
1. Die ausländischen VU zustehenden Grundrechte	44
2. Rechtsfolgen mangelnden Grundrechtsschutzes	47
3. Die Ermittlung der Verfassungswidrigkeit der Zulassungsregelung aus dem Rechtsstaatsprinzip	48
a) Der Geltungsbereich des Rechtsstaatsprinzips	48
b) Der Eingriffscharakter der Zulassungsregelung	49
c) Das Verbot mit freiem Erlaubnisvorbehalt als rechtsstaatliches minus gegenüber einem völligen Verbot	54
d) Ergebnis	55

	Seite
V. Die inhaltliche Eingrenzung des freien Ermessens durch "verfassungskonforme" Auslegung	56
1. Darstellung der Problematik	56
2. Die Theorien vom Zweck der Versicherungsaufsicht	56
a) Die Gesamtkonzeption des Versicherungsaufsichtsgesetzes	56
α) Die Gefahrentheorie	57
β) Die Schutztheorie	58
γ) Die Strukturtheorie	59
δ) Andere Theorien	60
b) Die Änderung von Normzielen anhand des Beispiels der Bedürfnisprüfung	62
c) Die Konzeption der Zulassungsvorschriften für ausländische VU	63
3. Ergebnis	69
B. Die Verfassungswidrigkeit wegen Fehlens eines Rechtsanspruches auf Zulassung	69
I. Darstellung der Problematik	69
II. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Erfordernis eines Rechtsanspruches auf Zulassung	70
III. Die Ermittlung der Verfassungswidrigkeit aus dem Rechtsstaatsprinzip	72
IV. Ergebnis	74
C. Möglichkeit einer Heilung der Verfassungswidrigkeit durch verfassungskonforme Rechtsfortbildung	74
I. Die ähnliche Regelung des § 12 GewO	74
II. Das Problem einer verfassungskonformen Rechtsfortbildung	78
III. Die allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsfortbildung und ihre Existenz im vorliegenden Fall	83
1. Das Problem der Gesetzeslücke	83
2. Prüfung des Vorliegens einer lückenhaften Regelung in § 106 VAG	87
D. Umfang der Verfassungswidrigkeit des § 106 VAG	88

Dritter Teil :

A. Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit des § 106 Abs. 2 VAG	90
I. Auswirkung auf § 105 VAG	90
II. Auswirkungen auf die übrigen Vorschriften des VI. Abschnitts	91
1. Auswirkung auf §§ 106 Abs.1, 107, 111 Abs. 1 VAG	91
2. Auswirkung auf die Zulässigkeit der Beifügung von Nebenbestimmungen bei Erlaubniserteilung	93
a) Das Problem	93
b) Klärung der Begriffe "Bedingung" und Auflage im VAG	94
c) Zulässigkeit der Erteilung von Nebenbestimmungen nach bisheriger Rechtspraxis	97
d) Zulässigkeit der Erteilung von Nebenbestimmungen bei Nichtigkeit des § 106 Abs. 2 VAG	99
3. Auswirkung auf die Möglichkeit des Widerrufs der Zulassung gemäß § 111 Abs. 2 VAG	100
a) Zur Fassung des § 111 Abs. 2 VAG	100
b) Die Zulässigkeit des Widerrufs begünstigender Verwaltungsakte	101
c) Konsequenzen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	102
d) Die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 111 Abs.2 VAG	104
e) Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit des § 111 Abs. 2 VAG	106
f) Möglichkeit einer Beibehaltung der geltenden Fassung des § 111 Abs. 2 VAG	107
III. Auswirkungen der Verfassungswidrigkeit der §§ 106 Abs. 2 und 111 Abs. 2 VAG auf den Versicherungsmarkt	110
B. Die Notwendigkeit einer baldigen Neuregelung	113

Literaturverzeichnis

- André : Die geschäftsplanmäßige Erklärung.
Diss. Köln 1967
- Anschütz : Die Verfassung des Deutschen Reiches
vom 11. August 1919,
14. Aufl. Berlin 1933
- Arzt : Die Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung
bei der Neuzulassung von Versicherungs-
unternehmen nach dem GG (§ 8 Abs. 1
Ziff. 3 VAG),
Diss. Freiburg 1963
- Bachof : Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungs-
gerichts (BVerwGE 4-12);
JZ 1962, 350
- derselbe : Anmerkung zu einem Urteil des Bundesver-
waltungsgerichts zu § 9 PBefG, abgedr.
in DVBl. 1957, 786,
DVBl. 1957, 788
- Bender : Inhalt und Grenzen des Gebots der ver-
fassungskonformen Gesetzesauslegung,
MDR 1959, 441
- Berg : Grundrechtskonkurrenzen - Zum Verhältnis
der Art. 2 I, 4 I und 12 I GG - gleich-
zeitig Besprechung des Urteils BVerwGE 27,
303,
JuS 1969,
- Binder : Philosophie des Rechts,
1. Aufl. Berlin 1925
- Bischoff : Kautionen der ausländischen Versicherungs-
unternehmen zwischen öffentlichem und
privatem Recht,
Vw 1962, 547
- derselbe : Die Selbstversicherung als versicherungs-
und volkswirtschaftliches Problem bei uns
und im Ausland,
VA 1950, 175
- Bischoff-Feldmann: Die neue Maschinen-Versicherung für
Elektro- und Gasgeräte des Hausrats und
ihre Problematik,
VerBAV 1959, 87
- Berliner-Fromm : Versicherungs- und Bausparkassen-Aufsichts-
gesetz,
4. Aufl. München 1932

- Büchner : Die Versicherungsaufsicht in Deutschland,
in: Die Praxis der Versicherungswirtschaft, Heft 19, Leipzig und Berlin 1938
- Canaris : Die Feststellung von Lücken im Gesetz.
Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem,
Heft 3 der Schriften zur Rechtstheorie,
Berlin 1964
- Cuntz : Versicherungsbrief Cuntz, o.A.
- Dürig : Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde - Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs.1 in Verbindung mit Art.19 Abs. 2 des Grundgesetzes,
AÖR 81, 117
- Eberhard : Prüfung der Bedürfnisfrage bei der Neuzulassung von Versicherungsunternehmen,
VersR 1953, 10
- Eckardt : Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung - Ihre dogmatische Berechtigung und ihre Grenzen im deutschen Recht,
Berlin 1964
- Ehrlich : Die juristische Logik,
2. Aufl. Tübingen 1925
- Elze : Lücken im Gesetz,
Halle 1916
- Engisch : Der Begriff der Rechtslücke,
in: Festschrift für Sauer, Berlin 1949
- Enneccerus-Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,
Bd. I 1.Halbband, 15.Aufl. Tübingen 1959
- Errichtung des Gemeinsamen Marktes für Schadensversicherungen -
Arbeitsdokument für die Arbeitsgruppe
Direktversicherungen: Aufsichtsrecht;
abgedruckt in ZVersWiss 1972, 101 ff
(zitiert: Arbeitsdokument)
- Fahr : Die Regelung für Versicherungsunternehmen aus Drittländern in der Versicherungs-
direktive,
in: Versicherungswirtschaft im Gemeinsamen Markt (Schriftenreihe zum Handbuch für europäische Wirtschaft, Band 31, Baden-Baden 1967

- Finke-Pfeiffer : Markt-Preis und Wettbewerbsordnung im Aufsichtsrecht und in der Aufsichtspraxis, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht, herausgeg. von Walter Rohrbach; Bd. I S.104 ff, Berlin 1952
- Forsthoff : Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd.I, 8. Aufl. 1961
9. Aufl. München u. Berlin 1966
- Friauf : Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, gleichzeitig Besprechung eines Urteils des OVG Lüneburg zur Außenwerbung, abgedr. in VerwRspr. Bd.12 Nr.6, JuS 1962, 422
- Fromm : Versicherungs- und Bausparkassenaufsichtsgesetz, Kommentar, Berlin 1937
- Fromm-Goldberg : Versicherungsaufsichtsgesetz und Bundesaufsichtsgesetz, Berlin 1966
- Fuhr : Kommentar zur Gewerbeordnung, Loseblattsammlung, Neuwied und Berlin 1960 ff
- Geitmann : Bundesverfassungsgericht und "offene" Normen, Zur Bindung des Gesetzgebers an Bestimmtheitsanfordernisse, Berlin 1971
- Göldner : Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 18, Berlin 1969
- Grossmann : Der Einfluß der internationalen Organisationen auf die Versicherung und Rückversicherung, in: Festgabe für Max Gürtler, Karlsruhe 1969, S.75 ff
- Haak : Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, Bonn 1963
- Haas : Freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 Abs.1 des Grundgesetzes, DÖV 1954, 70
- Hamann : Das Grundgesetz. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 2. Aufl. Neuwied und Berlin 1961

- Heinemann : Anmerkung zu einem Beschluß des Bundes-
verfassungsgerichts,
abgedr. in NJW 1961, 355;
NJW 1961, 355
- Huber : Anmerkung zu einem Urteil des Bundes-
gerichtshofs, abgedr. in AÖR 78, 102;
AÖR 78, 113
- derselbe : Wirtschaftsverwaltungsrecht,
Band I, 2. Aufl. Tübingen 1953
- Imboden : Das Gesetz als Garantie rechtsstaat-
licher Verwaltung,
2. Aufl. Basel und Stuttgart 1962
- Isay : Das deutsche Fremdenrecht, Ausländer
und Polizei,
Berlin 1923
- Jesch : Gesetz und Verwaltung,
Tübingen 1961
- derselbe : Öffentliches Interesse und Berufs-
freiheit,
JZ 1961, 624
- Kraus : Versicherungsaufsichtsrecht,
Wien 1971
- Krüger : Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik,
DÖV 1956, 550
- derselbe : "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" und
"Gewährung mit Auslesevorbehalt",
DÖV 1958, 673
- derselbe : Die Auflage als Instrument der Wirt-
schaftsverwaltung,
DVBl. 1955, 380
- Landmann-Rohmer,
Eyermann-Fröhler : Gewerbeordnung, Kommentar,
Loseblattsammlung, 12. Aufl. München
und Berlin 1963 ff
- Larenz : Methodenlehre (zit.: ML),
2. Aufl. Berlin und Heidelberg 1969
- v. Mangoldt : Das Bonner Grundgesetz, Kommentar,
Berlin und Frankfurt/M. 1953
- v. Mangoldt-Klein : Das Bonner Grundgesetz,
Band I, 2. Aufl. 1957
- Maunz-Dürig-Herzog : Grundgesetz, Kommentar,
Bd. I, Loseblattsammlung,
3. Aufl. München 1968 ff

- Menger : Anmerkung zu einem Urteil des Bundesgerichtshofs, in JZ 1960, 194; JZ 1960, 168
- derselbe : Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch Bd. 50, 38 ff Bd. 52, 313
- Michel : Die verfassungskonforme Auslegung (Korreferat zu Schack, JuS 1961, 269), JuS 1961, 274
- Mayer, Otto : Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.I, 3.Aufl. München u.Leipzig 1924
- Meyer-Marsilius : Das Niederlassungsrecht in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (Heft 72 der Schriftenreihe zum Handbuch für europäische Wirtschaft), Baden-Baden und Bonn 1960
- Meister : Subventionen der öffentl. Verwaltung außerhalb gesetzlicher Regelungen, DVbl.1972, 593
- Motive zum Versicherungsaufsichtsgesetz, Nachdruck des Bundesaufsichtsamts für Versicherungs- und Bausparwesen, 1963
- Müller, Horst-Joachim : Das Ermessen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1969, 119
- Mußnug : Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften, Heidelberg 1964
- Nebinger : Verwaltungsrecht, 2.Aufl.Stuttgart 1949
- Neugebauer : Ist die Bedürfnisprüfung bei der Zulassung von Versicherungsunternehmen mit dem Grundgesetz vereinbar? ZfV k 952, 422
- Nipperdey : Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Die Grundrecht, Bd.IV, 2.Halbbd. (hrsg. von K.A. Bettermann und H.C. Nipperdey), S. 742 ff, Berlin 1962
- Nowak : Fragen zur Dienstleistungsfreiheit im Gemeinsamen Markt, (Referat anlässlich der Tagung des Bundesverbandes Deutscher Versicherungskaufleute am 29.4.1971 in Berlin), ungedr. maschinenschr. Auszug
- Ossenbühl : Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, DÖV 1968, 618

- Peters : Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
- Prölss : Versicherungsaufsichtsgesetz,
(bearbeitet von Schmidt u. Sasse)
6. Aufl. München und Berlin 1971
- Reinicke : Die Auslegungsgrundsätze des Bundes-
arbeitsgerichts, Teil 2,
NJW 1955, 1662
- Reuß : Der "numerus clausus" im Gewerberecht
und für freie Berufe,
NJW 1951, 777
- Rupp : Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts
zum Sammlungsgesetz - eine Wende in
der Grundrechtsinterpretation des Art.
2 Abs.1 GG ?
NJW 1966, 2037
- Ruppel : Der Grundrechtsschutz der Ausländer
im deutschen Verfassungsrecht,
Diss. Hamburg 1962
- Sauer : Juristische Methodenlehre,
Stuttgart 1940
- Schack : Die verfassungskonforme Auslegung,
JuS 1961, 269
- Schaumann : Gleichheit und Gesetzmäßigkeits-
prinzip,
JZ 1966, 721
- Schiederemair : Handbuch des Ausländerrechts der
Bundesrepublik Deutschland,
Frankfurt/M und Berlin 1968
- Schmidt : Versicherungsaufsichtsrecht,
2 Bde. (Veröffentlichungen des Deut-
schen Vereins für Versicherungswissen-
schaften, Heft 71, 1 und 2),
Berlin 1964
- Schmidt, Robert : Die Bedürfnisprüfung als Instrument
der Wirtschaftslenkung und der Ge-
sellschaftsgestaltung,
Frankfurt/M und Berlin 1968
- Schmidt-Bleibtreu/Klein : Kommentar zum Grundgesetz,
Neuwied und Berlin 1967
- Schmitz : Die Auslandsgesellschaften im deut-
schen Markt,
ZfV 1967, 897

- Schneider : In dubio pro libertate,
in: 100 Jahre deutsches Rechtsleben,
Bd. 2, S. 263 ff, Karlsruhe 1960
- Schulze : Die ausländischen Versicherungsunter-
nehmen in der Bundesrepublik, ein-
schließlich Berlin(West),
VerBAV 1963, 51
- Schreier : Die Interpretation der Gesetze und
Rechtsgeschäfte,
Leipzig und Wien 1927
- Selmer : Der Vorbehalt des Gesetzes,
JuS 1968, 488
- Sieg : Die Kautionsstellung von Versicherungs-
unternehmen auf Grund § 8 Abs 3 VAG,
VersR 1971, 681
- Starke : Die Entwicklungslinien der materiel-
len Staatsaufsicht in der 1. Hälfte
des 20. Jahrhunderts,
in: 50 Jahre materielle Versicherungs-
aufsicht, Bd.3, S.11 ff, Berlin 1955
- v. Staudinger : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
I. Band, Allgemeiner Teil, 11. Aufl.,
Berlin 1957 (Einleitung bearb. von
Brändl)
- Stein : Die Wirtschaftsaufsicht,
Tübingen 1967
- Stern : Anmerkung zu einem Beschluß des Bun-
desverfassungsgerichts, abgedr. in
NJW 1958, 1227;
NJW 1958, 1435
- Thoma : Besprechung eines Urteils des Preußi-
schen Oberverwaltungsgerichts,
abgedr. in VerwArch 32, 243;
VerwArch 32, 247
- v. Turegg-Kraus : Verwaltungsrecht,
4. Aufl. Berlin 1962
- Über : Freiheit des Berufs. Art.12 des
Grundgesetzes,
(Abhandlungen aus dem Seminar für
öffentliches Recht, Hamburg, H. 42),
1952

- Vassel : Einflußnahme des Staates auf die Ausgestaltung von AVB,
Karlsruhe 1971
- Weber : Verfassungsprobleme der Versicherungsaufsicht,
ZVersWiss 1968, 227
- derselbe: Versicherungsaufsicht,
in: Handbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 11, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1961
- Wehrhahn : Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art.2 Abs.1 des Grundgesetzes,
AÖR 82, 250
- Wernicke : Kommentierung des Art.2 des Grundgesetzes,
in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Loseblattsammlung, Hamburg 1950 ff
- Wertenbruch : Der Grundrechtsbegriff und Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes,
DVBl. 1958, 481
- Wessels : Gedanken zu einer Reform des Versicherungsaufsichtsrecht,
Diss. Hamburg 1962
- Wolff: Verwaltungsrecht,
Bd. I, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., München und Berlin 1965
8. Aufl., München 1971
- Zitelmann : Lücken im Recht,
Leipzig 1903

Abkürzungsverzeichnis

(Unberücksichtigt sind die allgemein bekannten juristischen Abkürzungen)

AVB	= Allgemeine Versicherungsbedingungen
BAA	= Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen
BWM	= Bundeswirtschaftsminister
HSW	= Handbuch der Sozialwissenschaften
ML	= Methodenlehre
Mot	= Motive
VA	= Veröffentlichungen des Reichsaufsichtsamts für Privatversicherung
VAG	= Versicherungsaufsichtsgesetz
VerAfP	= VA
VerBAV	= Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamts für das Versicherungs- und Bausparwesen
VersR	= Versicherungsrecht, Juristische Rundschau für die Individualversicherung
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VU	= Versicherungsunternehmen
Vw	= Die Versicherungswirtschaft

V o r w o r t

Entschließt sich der Gesetzgeber, eine Norm des Wirtschaftsverwaltungsrechts neu zu schaffen, so befindet er sich unter der Herrschaft des Grundgesetzes in einem Zwiespalt. Die mangelnde Vorhersehbarkeit der konkreten Lebenssachverhalte im Wirtschaftsleben erfordert eine gewisse Elastizität des Verwaltungshandelns. Diese ist nur dadurch zu erreichen, daß man die gesetzlichen Eingriffstatbestände flexibel faßt, durch Generalklauseln, unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensspielräume den Verwaltungsbehörden die Möglichkeit gewährt, der jeweiligen Situation entsprechend zu reagieren.

Andererseits ist aber das verfassungsrechtliche Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu beachten. Danach genügt eine lediglich formelle rechtssatzmäßige Beschränkung der Eingriffsverwaltung nicht. Eine vage Generalklausel, die es völlig dem Ermessen der Exekutive überließe, die Grenzen von Freiheit und Eigentum des Staatsbürgers im einzelnen zu bestimmen, ist mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht vereinbar.

¹⁾
Werner Weber wies auf die Gefahren hin, die in einer zu weiten Gesetzesfassung liegen können. Infolge der Tatsache, daß sich den Aufsichtsgesetzen keine hinreichend konkretisierten Verhaltensnormen entnehmen lassen, könnte die von Normgebundenheit freigezeichnete Aufsichtsbetätigung unsicher und zufällig werden und möglicherweise in einer breiten Skala zwischen autokratischer Befehlsanmaßung und lässigem Gehenlassen als den beiden Extremen schwanken. Auch könnten Generalklauseln dazu geeignet sein, die rechtsgebundene Wirtschaftsaufsicht praeter legem in politisch determinierte Wirtschaftslenkung

1) ZVersWiss 1968, 227

oder gar einen Dirigismus zu verwandeln. Der nachkonstitutionelle Gesetzgeber ist daher gezwungen, beiden Erfordernissen, Rechtsstaatlichkeit und Elastizität des Verwaltungshandelns, Rechnung zu tragen. Die älteren Wirtschaftsaufsichtsgesetze stammen teilweise noch aus einer Zeit, in der die rechtsstaatlichen Skrupel gegenüber den Verwaltungsbehörden noch nicht so ausgeprägt waren; so ging man mit Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen recht großzügig um. Zu ihnen gehört in einer sehr charakteristischen Weise auch das Versicherungsaufsichtsgesetz. Insbesondere die Vorschriften über die ausländischen Versicherungsunternehmen sind sehr weit gefaßt. Anhand des Beispiels der Zulassungsvorschriften soll erörtert werden, ob diese noch aufrechtzuerhalten oder ob sie nicht verfassungswidrig geworden sind. Es wird sich ferner zeigen, ob das Instrument der "verfassungskonformen" Auslegung in jedem Fall Abhilfe schaffen kann. Letztlich werden die Auswirkungen einer möglichen Verfassungswidrigkeit der Zulassungsvorschriften erörtert. Es sei betont, daß die angestellten Untersuchungen auch an anderen vorkonstitutionellen Gesetzen vorgenommen werden könnten, die Problematik ist weitgehend die gleiche. Es liegt auch auf der Hand, daß unter der Herrschaft des Grundgesetzes und unter dem Einfluß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungsmäßigkeit so manches vorkonstitutionellen Gesetzes in Zweifel gezogen werden muß.

Erster Teil

A. Die Marktsituation ausländischer VU in Deutschland

I. Die Situation vor 1945

Das Inlandsgeschäft ausländischer VU in der Bundesrepublik Deutschland ist keineswegs eine Erscheinung der Gegenwart. Der deutsche Versicherungsmarkt war nie rein nationalen Charakters, einige ausländische Lebensversicherungsgesellschaften sind bereits über hundert Jahre im Inlandsgeschäft tätig.¹⁾ Den Anfang machte die italienische Assicurazioni Generali, die ihren Geschäftsbetrieb im deutschen Raum bereits 1845 aufnahm. Die "Basler" und die "Schweizerische" konnten 1966 auf hundert Jahre Geschäftstätigkeit in Deutschland zurückblicken. Die österreichische Gesellschaft "Der Anker" begann ihr deutsches Geschäft gleichfalls noch vor der Jahrhundertwende. Die Schweizer Lebensversicherer "Vita" und "Winterthur" eröffneten ihre Zweigniederlassungen im Jahre 1926 bzw. 1927, und zwar jeweils vier Jahre nach der Gründung im Heimatland.

Obwohl also einige ausländische Versicherungsunternehmen durchaus auf eine Tradition im Inlandsgeschäft zurückblicken können, ergibt ein Blick auf die statistischen Erhebungen, daß die deutschen Versicherer nie eine übermächtige ausländische Konkurrenz zu fürchten hatten. Von gewissen Schwankungen abgesehen, hat sich der Marktanteil ausländischer Versicherungsunternehmen in diesem Jahrhundert stetig entwickelt, erreichte jedoch nie auch nur annähernd einen marktbeherrschenden Einfluß.

1) Quelle: "Der Volkswirt" Nr. 27 vom 25.11.1966, die folgenden Angaben entstammen dem gleichen Artikel "Marktlücken erfolgreich ausgenutzt".

Waren im Jahre 1925 insgesamt 67 ausländische VU auf dem deutschen Markt tätig, so erreichte die Anzahl im Jahre 1928 mit 104 einen Höchststand. Unter der Herrschaft des Nationalsozialismus sank sie 1936 auf 95 geringfügig ab. Es handelt sich hierbei um die Gesamtzahlen aller Versicherungszweige, gleich, ob aufsichtspflichtig oder nicht¹⁾.

II. Die Nachkriegsentwicklung in den aufsichtspflichtigen Versicherungszweigen

Die Entwicklung in der Nachkriegszeit zeigt einen ähnlichen Verlauf. Sie wurde bei den ausländischen Gesellschaften, die schon vor dem zweiten Weltkrieg in Deutschland arbeiteten, durch die politischen Ereignisse stark beeinträchtigt und beschränkte sich gegen Kriegsende und in der ersten Nachkriegszeit im wesentlichen auf die Verwaltung der vorhandenen Bestände, die durch den Verlust der zum Teil beträchtlichen Ostbestände stark schrumpften²⁾. Nach der Währungsreform 1948 mußten die Gesellschaften wieder neu beginnen. . . Immerhin betrug die Anzahl der aufsichtspflichtigen ausländischen Versicherungsunternehmen 1952 schon wieder 24³⁾, die mit 86,2 Mio DM Beiträgen insgesamt einen Marktanteil von 2,9 % innehatten. Im Jahre 1961 waren es bereits 45 Versicherungsunternehmen mit einem Anteil von 4,1 % bei 329,2 Mio DM Beiträgen. Die Anzahl erhöhte sich 1964 auf 51, jedoch sank der Marktanteil auf 3,6 % ab⁴⁾.

1) Die Zahlen sind der Tabelle von Cuntz, Versicherungsbrief entnommen.

2) "Der Volkswirt" a.a.O. Die zitierte Meldung betrifft die Lebensversicherer, dürfte aber für alle Versicherungszweige gelten.

3) Folgende Zahlenangaben aus der VerBAV 1963, S.53; vgl. im übrigen Tabellen im Anhang.

4) Sonderdienst der Vw, 1965 Nr. 23

Der Geschäftsumfang der einzelnen Gesellschaften auf dem deutschen Markt ist sehr unterschiedlich. Die Lebensversicherer führen vier Schweizer Versicherungsunternehmen an, gefolgt von einem italienischen, zwei französischen, einem weiteren schweizerischen und einem niederländischen Versicherungsunternehmen¹⁾. Allerdings hatten 1965 nur die ersten vier schweizerischen VU eine direkte Prämieinnahme von über 20 Mio DM im deutschen Geschäft. Bei den Sachversicherern bieten die Vergleichszahlen aus dem gleichen Jahr ein ähnliches Bild²⁾. Auch diese werden von drei schweizerischen Versicherungsunternehmen angeführt, gefolgt von einem österreichischen und drei weiteren schweizerischen Versicherungsunternehmen. Die drei ersten Unternehmen hatten eine Netto-Prämieinnahme von über 60 Mio DM. Es ist also festzustellen, daß bei den ausländischen Direktversicherern, die in Deutschland tätig sind, das Schweizer Kapital dominiert. Betrachtet man andererseits das direkte Geschäft deutscher Versicherungsunternehmen im Ausland, so stellt man fest, daß dieses noch geringer ist als das Inlandsgeschäft der ausländischen Versicherungsunternehmen. Nach einer Umfrage des Versicherungsaufsichtsamtes arbeiten lediglich 49 deutsche VU im Ausland, und zwar vorwiegend im EWG-Bereich, nämlich 27 Gesellschaften in den Niederlanden, 26 in Belgien und 24 in Frankreich³⁾.

Obwohl sich in jüngster Zeit immer mehr ausländische VU - darunter 1965 erstmals eine japanische Versicherungsgesellschaft - für eine Aufnahme

1) Schmitz, ZfV 1967, 71

2) Schmitz a.a.O.; siehe auch die Tabelle im Anhang

3) Zahlen nach Schmitz, ZfV 1967, 897; vgl. Tabelle im Anhang

des aufsichtspflichtigen Geschäfts in der Bundesrepublik interessieren¹⁾, ist, wie die Vergleichszahlen zeigen, der Marktanteil der ausländischen VU nach wie vor gering und keineswegs mit dem anderer Wirtschaftszeige zu vergleichen²⁾. Trotzdem werden die ausländischen VU von der deutschen Versicherungswirtschaft nicht als quantité négligéable angesehen. Bereits 1965 wurden Befürchtungen laut, daß amerikanische Versicherer in der Bundesrepublik eine Finanzkraft von einer Größenordnung einsetzen könnten, die nicht unter deutschen Marktverhältnissen entstanden ist³⁾. Dadurch wären sie in der Lage, jahrelang mit Verlust zu arbeiten und die deutschen Versicherungsunternehmen durch Prämienunterbietung vom Markt zu verdrängen. Da man also argwöhnte, daß dieser Wettbewerb nicht als Ringen mit Leistungen, sondern als Kampf des Kapitals geführt werden würde, war man schnell bereit, nach der sonst so verschmähten ordnenden Hand des Staates zu rufen. Zudem beobachtete das Bundesaufsichtsamt (BAA) zunehmend Versuche, Versicherungsverträge illegal an nicht zugelassene ausländische VU zu vermitteln⁴⁾. Wenn die deutsche Versicherungswirtschaft trotz des geringen Anteils der Auslandskonkurrenz am Prämienvolumen über den Wettbewerbsdruck klagt, so deshalb, weil einige Auslandsgesellschaften, insbesondere amerikanische, ihr Geschäft auf Teilmärkten zügig ausweiten konnten⁵⁾. Abgesehen von den wenigen traditionsreichen ausländischen VU sind die übrigen bisher kaum im Massengeschäft tätig.

1) Versicherungsdienst 1965, Nr. 65, 66; Sonderdienst der Vw, 1965 Nr. 23

2) z.B. die Stahlindustrie und die Textilwirtschaft, bei denen die Importe auf verschiedenen Marktgebieten ein Viertel oder ein Drittel der inländischen Marktversorgung ausmachen.

3) Meldung aus Sonderdienst der Vw, 1965 Nr. 10

4) Sonderdienst der Vw, a.a.O.; Der Volkswirt 1963 Nr. 37

5) Schmitz, ZfV 1967, 72

Dagegen gelang diesen ein Einstieg im großgewerb¹⁾lichen und industriellen Feuerversicherungsgeschäft. Auf den kleinen Teilmärkten wirkt sich die Konkurrenz neu auf den Markt drängender Auslandsge-sellschaften naturgemäß spürbarer aus. Daher können die geringen Prämienanteile der ausländischen VU am Gesamtmarkt über die Wettbewerbssituation in Teilmärkten hinwegtäuschen. Insgesamt gesehen kann aber den Stimmen nicht völlig unrecht gegeben werden, die meinen, daß sich hierzulande in der Ver-sicherungsbranche der Wettbewerb in einer vom fri-schen Wind der Auslandskonkurrenz weitgehend ge-schützten "Treibhausluft" vollzieht²⁾. Das gilt allerdings nur für die versicherungsaufsichts-pflichtigen Zweige.

III. Die Nachkriegsentwicklung in den aufsichts-freien Versicherungszweigen

Die Schilderung des Anteils ausländischer Versicherungsunternehmen am deutschen Versicherungs-markt wäre natürlich ohne Berücksichtigung der auf-sichtsfreien Versicherungszweige unvollständig. Hier ergibt sich ein Bild, das sich von dem des An-teils aufsichtspflichtiger ausländischer Versiche-rungsunternehmen grundlegend unterscheidet. In Deutschland unterliegt die Transport- und die Rück-versicherung nicht der Aufsicht durch das BAA. Dem-entsprechend benötigen ausländische VU in diesen Versicherungszweigen keine Genehmigung nach dem VAG, sondern nur eine solche nach § 12 bzw. § 12 a GewO,³⁾ die geringere Anforderungen stellen und das Ver-sicherungsunternehmen nicht dem Prinzip der mate-

1) Schmitz a.a.O.

2) Der Volkswirt 1963 Nr. 37

3) Fuhr, § 12 Anm. 4 f

riellen Versicherungsaufsicht unterwerfen. Die Aufsichtsfreiheit dieser Versicherungszweige bringt es aber mit sich, daß über das Inlandsgeschäft ausländischer VU kaum statistisches Material gesammelt werden kann. Dennoch konnte das BAV den Marktanteil jedenfalls der ausländischen Transportversicherer bestimmen, da der Deutsche Transport-Versicherungsverband e.V. (DTV) sein Mitgliederverzeichnis zur Verfügung stellte¹⁾. Danach gehörten am 1.10.1961 dem Verband 187 VU an, darunter 121 ausländische. Von diesen stehen 19 VU unter Bundesaufsicht, 102 sind aufsichtsfrei. Da in der Transportversicherung die Gesamtbeiträge und die davon auf die aufsichtspflichtigen deutschen und ausländischen VU entfallenden Beiträge bekannt und diese fast ausschließlich Mitglieder des DTV sind, konnte man die aufsichtspflichtigen VU mit ihren Beiträgen aussortieren. Die sich ergebende Differenz bildet die Beitragseinnahme der aufsichtsfreien ausländischen und deutschen Versicherungsunternehmen²⁾. Nach dieser Operation kann nunmehr ausgesagt werden, daß der Marktanteil sämtlicher ausländischer VU an der Transportversicherung 18 bis 20 % beträgt. Dieser Prozentsatz deckt sich auch mit den Schätzungen des DTV³⁾.

Die Zahlen aus der Zeit vor 1945 lassen erkennen, daß sich ausländische VU schon immer bevorzugt im Inland in aufsichtsfreien Versicherungszweigen betätigten. Im Jahre 1925 waren von 67 ausländischen Versicherungsunternehmen 29 Transportversicherer, dagegen 1928 von 104 immerhin schon 63. 1936 waren dann von 95 ausländischen VU 44 Transport- und 4 Rückversicherer⁴⁾.

1) Schulze, VerBAV 1963, 54.

2) Vgl. Tabelle im Anhang

3) Schulze a.a.O.

4) Die Zahlen sind der Tabelle von Cuntz, Versicherungsbrief, entnommen; vgl. auch Tabelle im Anhang.

Es ist daher festzuhalten, daß der Marktanteil ausländischer VU in aufsichtspflichtigen Versicherungszweigen relativ unbedeutend, in aufsichtsfreien dagegen bedeutender ist.

IV. Ausländische Kapitalbeteiligung an deutschen Versicherungsunternehmen

Die Bedeutung ausländischer VU auf dem Inlandsmarkt wäre gleichfalls unvollständig, fände nicht auch die Kapitalbeteiligung des Auslandes an der deutschen Versicherungswirtschaft Berücksichtigung¹⁾. Unter den rechtlich selbständigen deutschen Versicherungsgesellschaften mit mehr als 1 Mio DM Nominalkapital gab es 1965 29 Unternehmen, deren Aktienkapital teilweise in der Hand ausländischer Aktionäre lag. Von den 118,5 Mio DM Grundkapital dieser 29 VU entfielen 61,1 Mio DM auf Auslandsbesitz. Als Vergleichszahlen für 1963 seien genannt: In der Bundesrepublik Deutschland gab es 158 Versicherungs-Aktiengesellschaften mit einem Grundkapital von 741,1 Mio DM. Bezieht man den von der Bundesbank angegebenen Auslandsbesitz auf das gesamte Grundkapital der deutschen Versicherungs-Aktiengesellschaften, so ergibt sich eine Auslandsbeteiligungsquote von 8,2 %. Im Konzentrationsbericht der Bundesregierung war der Anteil der Ausländer am Grundkapital von insgesamt 149 deutschen Versicherungs-Aktiengesellschaften mit 9,1 % angegeben worden²⁾. Bei den ausländischen Beteiligungen an rechtlich selbständigen deutschen VU dominiert auch hier das schweizerische Beteiligungskapital. Versicherungsunternehmen aus diesem Lande besitzen bedeutende Beteiligungen an namhaften deutschen VU³⁾.

1) Vw 1965 Nr. 18, S. 992

2) Zitiert nach Vw a.a.O.

3) Vgl. Tabellen im Anhang

V. Der Einfluß ausländischer Rückversicherer

Daß ausländische Rückversicherer über das Rückversicherungsgeschäft Einfluß auf das Marktverhalten deutscher Erstversicherer nehmen, ist allgemein bekannt. Eine genaue diesbezügliche Untersuchung kann aber nicht erfolgen, da hierzu kein Material zur Verfügung steht. Die Rückversicherung wird von keiner staatlichen Stelle erfaßt; außerdem pflegen Rückversicherungsverträge auch im Ausland abgeschlossen zu werden. Jedenfalls bietet sich das bisher ermittelte Zahlenmaterial dazu an, nach den Gründen für das Marktverhalten ausländischer VU beim Inlandsgeschäft zu fragen. Zur Verdeutlichung seien noch einmal die gefundenen Ergebnisse gegenübergestellt:

3 - 4 % Marktanteil ausländischer VU in aufsichtspflichtigen Versicherungszweigen stehen 20% allein in dem aufsichtsfreien Zweig der Transportversicherung gegenüber. Dazu kommen ca. 10% Beteiligungen ausländischer VU an rechtlich selbständigen deutschen VU.

VI. Schlußfolgerungen

Angesichts dieser Zahlen liegt es auf der Hand, daß es nicht an den deutschen Versicherern liegt, die sich einer größeren Freizügigkeit auf dem Versicherungsmarkt entgegenstemmen könnten, weil sie ihre meist finanzkräftigere ausländische Konkurrenz fürchten. In erster Linie sind die strengen aufsichtsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere die Zulassungsbestimmungen, dafür verantwortlich zu machen, daß den deutschen Versicherern nur wenig Auslandskonkurrenten "ins Gehege" kommen¹⁾.

1) Der Volkswirt 1963 Nr. 37

Im folgenden soll dargestellt werden, welche außerordentlichen Anforderungen die deutsche Zulassungsbehörde an die Gründung einer Zweigniederlassung stellt. Die ausländischen Versicherungsunternehmen scheinen daher auf die aufsichtsfreien Versicherungszweige auszuweichen oder sich direkt an deutschen VU zu beteiligen. Letzteres hat natürlich den Vorteil, daß das ausländische Versicherungsunternehmen die Möglichkeit erhält, an einem bereits eingeführten Geschäftsbetrieb zu partizipieren, ohne daß es sich erst einen solchen mehr oder weniger mühsam selbst aufbauen muß. Nach der Darstellung der geltenden deutschen Zulassungsbestimmungen sollen auch die Liberalisierungsbestrebungen der überstaatlichen Organisationen Berücksichtigung finden.

B. Die gesetzlichen Grundlagen der Zulassung zum Inlandsgeschäft

I. Die Zulassung nach geltendem Recht

1. Die Regelung der Zulassung nach §§ 8 und 105, 106 VAG

Versicherungsunternehmungen unterliegen in Deutschland dem Konzessionszwang nach dem Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen (VAG). Seit dem Inkrafttreten im Jahre 1901 erfuhr es eine wesentliche Änderung im Jahre 1931. Seither hat es nur geringfügige Änderungen erfahren, die mit Ausnahme der Einführung der Bedürfnisprüfung bei der Zulassung (§ 8 Abs.2) für die vorliegende Arbeit nicht von Interesse sind. Bei der Schaffung des Versicherungsaufsichtsrechts, insbesondere der Zulassungsvorschriften, war der Tatsache Rechnung

zu tragen, daß es galt, einen Bereich des Wirtschaftslebens in den Formen eines in den Aufgaben und Methoden sehr differenziert entwickelten Gewerbezulassungsrechts zu regeln¹⁾. Da die Erscheinungsformen des Wirtschaftslebens sehr vielfältig sind, konnte naturgemäß auf eine gewisse Elastizität des Verwaltungshandelns nicht verzichtet werden. Aufgrund der mangelnden Vorhersehbarkeit der zu regelnden konkreten Lebenssachverhalte war es notwendig, Zulassungs- und Eingriffstatbestände möglichst flexibel zu fassen, des öfteren unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden und der Verwaltung besonders in den Zulassungsvorschriften ein mehr oder weniger freies Ermessen einzuräumen²⁾.

Diese Erfordernisse spiegeln sich in den §§ 5 und 8 VAG, die die Zulassung deutscher VU regeln, ebenso wie in den für ausländische VU einschlägigen §§ 105, 106 VAG wieder. Dennoch ist die Zulassung in beiden Fällen unterschiedlich geregelt. Dem § 8 Abs.1 VAG ist zu entnehmen, daß einem antragstellenden deutschen Versicherungsunternehmen ein Rechtsanspruch auf die Erteilung der Erlaubnis zum Geschäftsbereich zusteht, wenn keine der in den Nr. 1 bis 3 normierten Versagungsgründe vorliegen. Das ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut des § 8 Absatz 1 Satz 1: "Die Erlaubnis darf nur versagt werden, wenn ...". Liegen also alle Voraussetzungen vor, so hat das deutsche Unternehmen ein subjektiv-

1) Weber, ZVersWiss. 1968, 243

2) Weber, ZVersWiss. 1968, 240

öffentliches Recht auf Erteilung der Erlaubnis¹⁾.

Absatz 1 Nr. 3 der Vorschrift enthält noch die der Novelle von 1937 entstammende Bedürfnisprüfung, die namentlich aus wirtschaftsdirigistischen Gründen eingeführt worden ist. Nach anfänglichem Zögern wurde diese mit großer Mehrheit der Stimmen im Schrifttum unter dem Einfluß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 Abs. 1 GG für obsolet angesehen^{1a)}. Das hat sich auch in der Praxis der Versicherungsaufsichtsbehörden durchgesetzt, die die Bedürfnisprüfung nicht mehr anwenden, weil sie, gegen Art. 12 GG verstoßend, verfassungswidrig ist²⁾.

Dem antragstellenden ausländischen Versicherungsunternehmen stehen weitaus größere Hindernisse entgegen, bevor es seinen Geschäftsbetrieb aufnehmen kann. Gemäß § 105 Abs. 1 VAG bedürfen "ausländische Versicherungsunternehmen, die im Inland durch Vertreter, Bevollmächtigte, Agenten oder andere Vermittler das Versicherungsgeschäft betreiben wollen", der Erlaubnis. Die näheren Voraussetzungen bestimmt die folgende Vorschrift. § 106 VAG nennt enumerativ drei Voraussetzungen, bei deren Erfüllung die Erlaubnis zum Inlandsgeschäft erteilt werden kann:

- 1) Unbestrittene Meinung, vgl. u.a. Prölss⁶ VAG § 8 Anm. 1; Kraus, S. 114; Vassel, Einflußnahme auf AVB, S. 13
- 1a) Dazu Prölss⁶, VAG § 8 Anm. 14 m.w.N.; Bischoff/Feldmann, VerBAV 1959, 87 und die in Anm. 2 Genannten
- 2) Allgem. Meinung, so Pfeiffer, VersR 53, 95; Reuß, NJW 51, 777; Arzt, Zulässigkeit der Bedürfnisprüfung; Über, Freiheit des Berufs, Art. 12 GG, S. 228 ff; Prölss⁶, VAG § 8 Anm. 14 - Ob damit jedoch das letzte Wort über die Bedürfnisprüfung gesprochen ist, erscheint m.E. zweifelhaft. Nach der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten "Dreistufentheorie" sind objektive Zulassungsvoraussetzungen möglich zum Schutze eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes (3. Stufe). Daß die Erfüllung der Versicherungsverträge ein solches Gut ist, dürfte anzunehmen sein. Es könnte sich jedoch als durchaus legitime Aufgabe der Versicherungsaufsicht ergeben, einen durch Übersetzung des Gewerbes bedingten ruinösen Wettbewerb zu

So muß das ausländische VU die gleichen Voraussetzungen wie ein inländisches Unternehmen erfüllen, es muß seine Rechtsfähigkeit nach dem Recht des ausländischen Sitzes nachweisen und sich verpflichten, im Bundesgebiet eine Niederlassung zu unterhalten, deren Hauptbevollmächtigter gleichfalls im Inland wohnen muß. Dem Wortlaut des § 106 Abs.2 Satz 1 "darf nur erteilt werden, wenn ..." ist zu entnehmen, daß die normierten Zulassungsvoraussetzungen nur als Mindestvoraussetzungen gedacht sind, bei deren Vorliegen noch keineswegs ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis besteht¹⁾.

Das wird in Abs. 3 letzter Satz noch einmal klargestellt: "Im übrigen entscheidet der Reichswirtschaftsminister nach freiem Ermessen". Die Zulassungsbehörde (gemäß § 8 Nr. 5 des Gesetzes vom 31.7.1951 der Bundesminister für Wirtschaft) ist daher gesetzlich ermächtigt, von sich aus weitere Voraussetzungen hinsichtlich der Zulassung eines ausländischen Versicherungsunternehmens zum Inlandsgeschäft aufzustellen. Andererseits ist der BWM auch nicht gehindert, die Zulassung überhaupt zu versagen, sofern die Versagung nicht ermessensfehlerhaft ist²⁾. So wird gem. § 8 Abs.3 VAG von ausländischen VU, die in Deutschland arbeiten wollen, regelmäßig eine feste Kautions verlangt;

Fortsetzung der Anmerkung 2 von Seite 13 :

steuern. Weber, ZVersWiss 1968, 240, weist darauf hin, daß die Bedürfnisprüfung als Schutz vor ruinösem Wettbewerb auch in andere Aufsichtstatbestände (etwa § 8 Abs.1 Nr.2 VAG nicht ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten, nicht genügende Gewähr für die dauernde Erfüllbarkeit der Verpflichtungen aus den Versicherungen) schlüpfen kann; vgl. auch Fromm-Goldberg, VAG, S.219 ff; Bischoff-Feldmann, VerBAV 1959,87

1) Unbestrittene Meinung; vgl. etwa Prölss⁶ VAG § 106 Anm.1; Vassel, Einflußnahme auf AVB, S.18

2) So Prölss⁶, a.a.O.: Die Klage kann nur auf Ermessensmißbrauch oder -überschreitung gestützt werden.

ferner eine bewegliche Kautions, die sich nach dem Geschäftsumfang richtet¹⁾. Die feste Kautions wird häufig mit dem Grundkapital einer inländischen Gesellschaft verglichen, im Gegensatz zur Praxis der Aufsichtsbehörde. Diese hat in einem Versicherungskonkurs die feste Kautions nicht in die allgemeine Verteilungsmasse - dem Grundkapital entsprechend - fließen lassen, sondern ließ sie den Versicherungsnehmern zugute kommen²⁾. Da die Zulassung im freien Ermessen des BWM liegt, kann er, nach unbestrittener Meinung³⁾, auch Bedingungen und Auflagen vorschreiben, die über die gewerbepolizeiliche Regelung des § 8 VAG hinaus wirtschaftspolitischen Charakter tragen. Prölss⁴⁾ gibt in seiner Kommentierung zu § 105 VAG eine Darstellung der verschiedensten Auflagenmöglichkeiten, die sich vom Gesetzeswortlaut her unmittelbar weder aus § 8 noch aus § 106 VAG ergeben. Zur Veranschaulichung seien beispielhaft genannt: die Beschäftigung deutscher Angestellter, der Abschluß von Verträgen mit deutschen Rückversicherern, der Betrieb im Inland auf Zeit oder Widerruf, ferner Auflagen für die geschäftliche Einrichtung, so, daß der Hauptbevollmächtigte Deutscher sein müsse, der innere und äußere Geschäftsverkehr in deutscher Sprache vorstatten gehen müsse und vieles andere mehr⁵⁾.

Die Rechtsgrundlage für solche Verwaltungsmaßnahmen soll allein das freie Ermessen des BWM sein. Mithin steht ein die Erlaubnis begehrendes ausländisches Versicherungsunternehmen vor einer ungleich schwierigeren Situation als ein deutsches Unterneh-

1) Prölss⁶ VAG § 106 Anm.3; dort auch Beispiele für Kautionshöhen.

2) Sieg, VersR 1971, 681

3) Prölss⁶ VAG § 106 Anm. 1; Bischoff, Vw 1962, 548

4) a.a.O.

5) Vgl. etwa VerAfP 1925, 61; 1926, 103: Der Vermittlungsbeirat hat in seiner Sitzung am 30.10.25 grundsätzlich den Standpunkt eingenommen, daß für die Zulassung ausländischer Lebensversicherungsgesellschaften zum Geschäftsbetrieb im deutschen Reich eine Bewährungsfrist von mindestens fünfjährigem Betrieb im Heimatlande verlangt werden soll.

men. Da ihm kein Rechtsanspruch auf Erteilung der begehrten Erlaubnis zusteht, kann es dem Gesetzeswortlaut auch nicht entnehmen, welche Voraussetzungen es dazu erfüllen muß und welche Erfordernisse die deutsche Zulassungsbehörde für notwendig erachtet, bevor der Geschäftsbetrieb im Inland aufgenommen werden kann.

2. Modifikationen der Erlaubnis in Staatsverträgen

Allerdings erfahren die vorgenannten strengen Regelungen eine Milderung durch verschiedene bilaterale Verträge. Deutschland (d.i. das Deutsche Reich und die Bundesrepublik als Nachfolgestaat) hat eine Reihe von Abkommen geschlossen, die auch Bestimmungen über die Niederlassung der betreffenden ausländischen Staatsangehörigen einschließlich der Gesellschaften enthalten und auf diesem Gebiet Inländerbehandlung und Meistbegünstigung zugestehen²⁾. Allerdings sind diese Vereinbarungen meist sehr weit gefaßt, so daß sie Sonderregelungen für Ausländer zulassen, die den in der Natur der Sache liegenden Unterschieden zwischen VU mit Inlandssitz und solchen mit Auslandssitz Rechnung tragen. Dazu gehört die Verpflichtung zur Bestellung eines Hauptbevollmächtigten, zur Gründung einer Zweigniederlassung im Inland und die Kautionspraxis der deutschen Aufsichtsbehörde. Dagegen ist sowohl die Ausübung des freien Ermessens bei der Zulassung (§ 106 Abs. 2 letzter Satz VAG) als auch eine Bedürfnisprüfung, die, wie oben angegeben, für Inländer ohnehin nicht mehr praktiziert wird, ausgeschlossen. Diese könnte andernfalls auf ausländische VU noch Anwendung finden, da Art. 12 GG als Deutschenrecht dem nicht entgegenstehen würde. Bestimmungen der geschilderten Art

2) Überblick über die bilateralen Abkommen bei Meyer-Marsilius, S. 35 Fußn. 1

1) BVerfGE 2, 277; 3, 319; 6, 338, 363

finden sich u.a. in Abkommen mit Frankreich, Italien und den USA. Mit anderen Staaten hingegen, wie der Schweiz und Großbritannien, deren Gesellschaften auf dem deutschen Versicherungsmarkt tätig sind, bestehen Abkommen mit den geschilderten Niederlassungsvergünstigungen nicht.

II. Die Regelung der Zulassung nach kommandem Recht

1. Überblick

In der jüngsten Zeit hat es nicht an Bestrebungen gefehlt, die Niederlassungsvoraussetzungen für ausländische Unternehmen, darunter auch für Versicherungsunternehmen, zu liberalisieren. Trotz intensiver Studien und Bemühungen sind diese Bestrebungen immer noch in einem vorbereitenden Stadium. Daß noch keine umfassende Liberalisierung eingeführt werden konnte, hängt u.a. mit dem Erfordernis der Angleichung des Versicherungsvertrags- und Aufsichtsrecht zusammen. In einigen Staaten unterliegt die Versicherungstätigkeit einer eingehenden staatlichen Aufsicht mit Konzessionsprinzip. Eine materielle Staatsaufsicht kennen z.B. Deutschland und Frankreich, während die Niederlande und England sich für die liberalere Solvenzaufsicht entschieden haben¹⁾. Die Betätigung auf dem Versicherungsmarkt eines Landes durch ausländische Versicherer kann nicht mit einem Federstrich freigegeben werden, wenn Diskriminierungen zu Lasten der beaufsichtigten VU des eigenen Landes vermieden werden sollen²⁾.

- 1) In Ländern, die sich auf eine Solvenzaufsicht beschränken, ist die Konkurshäufigkeit von VU größer. Während in Deutschland Konkurse von VU kaum vorkommen, ist das in Großbritannien weitaus häufiger der Fall, ein Gesichtspunkt, der für das Prinzip der materiellen Staatsaufsicht spricht.
- 2) Grossmann in Festschrift für Max Gürtler, S. 79

2. Regelungen nach dem Recht der OECD

Das "Comité des transactions invisibles" der OECD hat im Jahre 1967 einen Liberalisierungskodex erarbeitet, der auch für die grenzüberschreitende Versicherung und Rückversicherung von Bedeutung ist. Dieser Organisation gehören neben den USA, Kanada und Japan alle westeuropäischen Staaten an. Der Liberalisierungskodex beinhaltet die Schaffung eines möglichst breiten Marktes für die sogen. "unsichtbaren Transaktionen", worunter verschiedene Dienstleistungsformen, wie auch die Versicherung, zu verstehen sind.

Art. 9 des Liberalisierungskodex enthält den Grundsatz des Diskriminierungsverbots. Jedes Mitgliedsland hat alle übrigen Mitgliedsländer danach gleich zu behandeln, und zwar selbst dann, wenn andere Länder ihre Verpflichtungen nicht voll erfüllen. Mitglieder besonderer Währungs- und Zollsysteme können gemäß Art. 10 des Kodex sich untereinander Liberalisierungsmaßnahmen zugestehen, die über das Maß der im Rahmen der OECD allgemein gewährten Freizügigkeit hinausgehen können.

Annex A des Kodex sieht eine fast völlige Freiheit für die Seetransport- und die Rückversicherung vor. Für die Zweige der Direktversicherung ist eine Teilliberalisierung vorgesehen, die aber durch zahlreiche, im Annex B enthaltene Reserven weitgehend verwässert ist. Sachlich geht es um das Prinzip äquivalenter aufsichtsrechtlicher Behandlung von nationalen und ausländischen Versicherungsunternehmen worunter auch die Zulassungsvorschriften zu zählen sind. Eine genaue Erläuterung des recht komplizierten Gebäudes des Liberalisierungs-Kodexerübrigt sich im Rahmen dieser Arbeit. Zwar enthält Art. 2 des Kodex die Verpflichtung, alle auf der Liste des Annex A stehenden Operationen zu libera-

lisieren. Es ist jedoch bis heute in Deutschland bei dem bisherigen Rechtszustand geblieben. Die vorgesehenen Liberalisierungsmaßnahmen hinsichtlich der Transport- und Rückversicherung sind für Deutschland ohne Belang, da diese Versicherungszweige ohnehin nicht der Aufsicht unterliegen.

3. Regelungen nach dem "Allgemeinen Programm" der EWG

a) Regelungen für EWG-angehörige Versicherungsunternehmen

Bedeutender als die OECD-Regelungen sind die Angleichungsvorschriften, die im Rahmen des Vollzuges des EWG-Vertrages ergangen sind. Gestützt auf Art. 54 des EWG-Vertrages hat der Rat am 18.12. 1961 ein "Allgemeines Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit" beschlossen. Diesem Ratsbeschluß zufolge hätte die Niederlassungsfreiheit in dem folgenden Zeitraum realisiert werden sollen:

Auf dem Gebiete der

- a) Rückversicherung bis Ende 1963
- b) Schadendirektversicherung bis Ende 1965
- c) für die Lebensversicherung und die Versicherungsvermittlung bis Ende 1967.

Dieses Programm konnte allein hinsichtlich der Rückversicherung einigermaßen fristgerecht eingehalten werden, eine Liberalisierung bei den übrigen Versicherungszweigen konnte noch nicht eingeführt werden. Der Präsident des Bundesaufsichtamts¹⁾ hat verdeutlicht, welche Schwierigkeiten einer Angleichung der verschiedenen nationalen Aufsichts-

1) Referat von Nowak vom 29.4.1971,
ungedr. maschinenschr. Auszug

rechte innewohnen. So müßte beispielsweise geklärt werden, welcher Aufsicht das ausländische Versicherungsunternehmen unterliegen soll, der Aufsicht des Sitzlandes oder der des Risikolandes. Bei einer Aufsicht des Sitzlandes würde einer allgemeinen Rechtsunsicherheit Vorschub geleistet, außerdem würde sie zu einem Wettbewerbsgefälle aufgrund der unterschiedlichen Rechtsordnungen, insbesondere der unterschiedlichen Aufsichtsrechte, führen¹⁾. So wäre es beispielsweise nicht möglich, von inländischen Versicherungsunternehmen die Anwendung genehmigter Versicherungsbedingungen zu verlangen, dagegen ausländischen Versicherungsunternehmen die Anwendung ungenehmigter Versicherungsbedingungen zu gestatten²⁾. Außerdem entstünden Schwierigkeiten infolge der unterschiedlichen Aufsichtssysteme. Das System der materiellen Staatsaufsicht ist zwar in den westeuropäischen Staaten herrschend, jedoch beschränken sich Länder wie England und die Niederlande - wie oben angegeben - auf eine Solvenzaufsicht. Während in jenen Ländern der Gedanke im Vordergrund steht, daß die Versicherung ein Teil privatwirtschaftlicher Daseinsvorsorge ist, die einer besonderen Fürsorge des Staates unterliegt, gilt das Versicherungs-geschäft in diesen als gewöhnliche kommerzielle Dienstleistung wie jede andere gewerbliche Leistung auch³⁾. In Deutschland hingegen wird die Versicherung seit Jahrzehnten als soziale Aufgabe betrachtet. Vor allem die sozialrelevanten Versicherungszweige, wie die Lebens- und die Krankenversicherung, aber

1) Nowak, S. 5 des Referats. Soweit der Referent auch die Angleichung des Versicherungsvertragsrechts behandelt, ist dieses kein Problem der Niederlassungs- sondern der Dienstleistungsfreiheit.

2) a.a.O.

3) Nowak, S. 7

auch die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung eignen sich nicht als Experimentierfeld für eine Lockerung der Staatsaufsicht. Gerade in diesen Sparten erwarten die einzelnen Versicherungsnehmer einen umfassenden staatlichen Schutz. Die Öffentlichkeit würde es sicherlich nicht billigen, würde der Staat aus seiner historisch gewachsenen sozialen Schutzfunktion entlassen werden¹⁾. Behielte man andererseits den vielfach praktizierten Grundsatz bei, den ausländischen Versicherungsunternehmer der Beaufsichtigung durch die Aufsichtsbehörde des Risikolandes zu unterwerfen, bliebe der grenzüberschreitende Versicherungsverkehr infolge der verschiedenartigen nationalen Aufsichtsrechte kompliziert. Voraussetzung dafür wäre wiederum eine weitestgehende Angleichung dieser Rechtssysteme.

Hinsichtlich der Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit in der Schadendirektversicherung hat die Kommission der EWG am 17.6.1966 dem Rat einen ersten Richtlinienvorschlag für eine Koordinierung der Direktversicherung (ohne Lebensversicherung) vorgelegt. Nach dieser Versicherungsdirektive soll die Geschäftstätigkeit der VU der zuständigen Fachaufsicht des Sitzlandes unterworfen werden, wobei aber auch die Behörde des Risikolandes, in dem die Niederlassung begründet wird, ein Mitspracherecht haben soll. Im einzelnen geregelt ist insbesondere die Frage, über welche finanzielle Ausstattung die VU der Gemeinschaft in Form von Aktienkapital und freien Rücklagen verfügen müssen. Im Oktober 1971 erstellte die Kommission der Europäischen Gemeinschaften ein Arbeitsdokument für die Arbeitsgruppe Direktversicherungen²⁾. In diesem Arbeitsdokument wird bemerkenswerterweise vom System der materiellen Staatsaufsicht Abstand genommen, zum Teil in erheblichem Maße. Aus Wettbewerbsgründen ist beabsichtigt, das Aufsichtsrecht über die Versicherung von Transportrisiken und großen Risiken im Sinne einer umfassenden Sol-

1) Nowak, S. 8

2) Abgedruckt in ZVersWiss 1972, 101 ff

vabilitätsaufsicht zu koordinieren. Eine Anzeige, Beaufsichtigung oder Genehmigung der Versicherungsbedingungen entfielen demzufolge.¹⁾

Für die Versicherung sonstiger Risiken wird eine Legalitätskontrolle über die Einhaltung konkret vom Gesetz umschriebener Erfordernisse für ausreichend angesehen. Danach wären die Versicherungsbedingungen und die Tarife zwar anzeigepflichtig, nicht aber genehmigungsbedürftig. Sie müßten nur bestimmten, gesetzlich umschriebenen Erfordernissen genügen, worunter insbesondere Bestimmungen gegen unlauteren Wettbewerb zu verstehen sind.²⁾

Lediglich bei der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung ist die Aufsicht weitergehend konzipiert. Hier sollen die Versicherungsbedingungen einem vorhergehenden Genehmigungsverfahren unterworfen werden.³⁾

Die Aufsicht soll jeweils durch die Behörde des Landes ausgeübt werden, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat, da diese Form der Aufsicht ein einfaches, wirksames und vor allem billiges Vorgehen gewährleistet⁴⁾. Es dürfte allerdings kaum anzunehmen sein, daß mit diesem Arbeitsdokument das letzte Wort gesprochen ist. Ungeklärt bleibt zunächst die Frage, wie man das in Deutschland praktizierte System der Spartenrennung koordinieren will. Angesichts der von Nowak⁵⁾ geäußerten Bedenken dürfte deutscherseits wohl kaum mit einer Zustimmung zu einer derartigen Liberalisierung zu rechnen sein. Auch dürfte die inzwischen erfolgte Erweiterung der EWG zu einem Überdenken der bisher erarbeiteten Vorschläge zwingen. Schließlich handelt es sich bei dem vorliegenden Dokument nur um ein Positionspapier, dem keinerlei rechtliche Verbindlichkeit innewohnt.

b) Regelungen für Drittauslandsunternehmen

Selbst wenn der oben erwähnte Richtlinienvorschlag schon einen Eingang ins geltende deutsche Recht

1) ZVersWiss 1972, 116

4) ZVersWiss 1972, S. 124

2) ZVersWiss 1972, 118

5) vorstehend, S. 21/22

3) ZVersWiss, a.a.O.

gefunden hätte, bliebe eine Liberalisierung auf die EWG-Staaten begrenzt. Hinsichtlich der übrigen sog. "Drittländer" hätte sich damit noch nichts geändert. Wie eingangs erwähnt, haben aber Versicherungsunternehmen aus diesen Drittländern den Hauptanteil des ausländischen Versicherungsgeschäfts in Deutschland inne. Eine kritische Betrachtung der nationalen deutschen Zulassungsbestimmungen für künftig zuzulassende ausländische VU lohnt sich auch aus diesem Grund. Ohne diese Bestimmungen in dieser oder ähnlicher Form ist ohnehin nicht auszukommen, da eine Regelung für VU aus den oben erwähnten Drittländern benötigt wird. Auch auf dieses Problem wurde in dem Richtlinienvorschlag schon eingegangen. Dieser sieht eine ähnliche Regelung wie das geltende deutsche Recht vor, deshalb sollte er im folgenden, was die Zulassungsvoraussetzungen betrifft, erwähnt werden, zumal er in dieser oder ähnlicher Form Eingang in die nationalen Aufsichtsrechte finden wird.

In Art. 23 (Kap.3) der Versicherungsdirektive werden die Voraussetzungen aufgezählt, die erfüllt sein müssen, damit ein Mitgliedstaat der EWG ein Versicherungsunternehmen aus einem Drittstaat zulassen darf. Wie schon im geltenden Recht, handelt es sich hierbei um Mindestvoraussetzungen.

Zunächst ist bestimmt, daß nicht der EWG angehörende Versicherungsunternehmen keinerlei Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb haben sollen. Nach Art.23 Ziff.2 Buchstabe e muß das Unternehmen nach dem Recht des Heimatstaates zur Versicherungstätigkeit zugelassen sein. Da aber Drittländer nicht besser behandelt werden sollen als EWG-angehörige, muß wohl angenommen werden, daß damit nicht Versicherungstätigkeit schlechthin, sondern nur die "betreffende" Versicherungstätigkeit gemeint ist¹⁾. Das würde auch mit der Regelung innerhalb der EWG übereinstimmen (Art. 10 u.12). Es entspricht daher aus der deutschen Zulassungspraxis, wenn das Drittauslandsunternehmen die Zwei-

1) Fahr, S. 152

ge, für die es die Zulassung beantragt, schon in seinem Heimatstaat befugt betreiben muß¹⁾.

Nach Buchstabe c muß das Drittauslandsunternehmen in dem betreffenden Mitgliedstaat eine Agentur oder Zweigniederlassung errichten und sich verpflichten, dort gesondert Rechnung zu legen und alle Geschäftsunterlagen zur Verfügung zu halten. Für Deutschland sind diese Erfordernisse schon gemäß § 106 Abs.2 Nr.3 VAG vorgesehen. Insoweit wird keine Änderung des bestehenden Rechtszustandes eintreten. Die Verpflichtung zur Bestellung eines Hauptbevollmächtigten gemäß Buchstabe d entspricht gleichfalls dem geltenden nationalen Recht (§ 106 Abs.2 Nr.3 VAG).

Gemäß Buchstabe g besteht eine Pflicht zur Vorlage eines Tätigkeitsplans, was der Verpflichtung für EWG-Unternehmen gemäß Art 9 und 11 der Versicherungsdirektive entspricht.

Nicht zu den Mindestvoraussetzungen gehört dagegen die Forderung, daß das Drittauslandsunternehmen eine bestimmte Rechtsform haben muß. In diesem Falle sind die einzelnen EWG-Staaten bei der Regelung frei, da zwar die Rechtsformen innerhalb der EWG koordiniert werden können, nicht aber bei Drittauslandsunternehmen²⁾. Daher wird es auch in Deutschland bei dem bisherigen Grundsatz der Zulassungspraxis bleiben, nach dem die Rechtsform der ausländischen VU der deutscher Unternehmen ähnlich sein muß.

Das gleiche gilt für das Verbot, bestimmte Versicherungszweige nebeneinander zu betreiben³⁾, und für die Vorschriften, die eine Genehmigung der allgemeinen und besonderen Versicherungsbedingungen vorschreiben. Diese nationalen Vorschriften bleiben

1) Vgl. oben A I 2 Fußnote

2) Fahr, S. 153

3) Die Frage ist jedoch noch nicht abschließend geklärt; über das Erfordernis der Spartenrennung wird unter den EWG-Angehörigen - wie oben angegeben - noch gestritten.

gemäß Art. 7 Ziff.2 c, 8 Ziff.3 und 10 Ziff. 3 unberührt. Eine Beschränkung des Gesellschaftszwecks auf die Versicherungstätigkeit ist zwar für Drittauslandsunternehmen gleichfalls nicht vorgesehen. Jedoch wird der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG hier zu einer entsprechenden Behandlung der Drittauslandsunternehmen führen¹⁾, demzufolge ausländische VU nicht günstiger als inländische Unternehmen behandelt werden dürfen.

Dem Vorstehenden ist zu entnehmen, daß die vorgeschlagene Regelung hinsichtlich der Zulassungsbedingungen dem geltenden deutschen Recht weitgehend entspricht und demzufolge für VU aus Drittländern kaum geändert werden muß, sieht man von den detaillierten finanziellen Anforderungen der Versicherungsdirektive ab, die aber nicht Gegenstand dieser Arbeit sind.

Das geltende deutsche Versicherungsaufsichtsrecht über ausländische VU wird daher auch in Zukunft seinen Wert behalten. Solange die Niederlassungsfreiheit im Rahmen der EWG noch nicht verwirklicht ist, gelten diese Vorschriften nach wie vor für alle ausländischen VU. Nach deren Verwirklichung werden sie zumindest in ähnlicher Form auf Versicherungsunternehmen aus Drittländern Anwendung finden. Im folgenden soll daher die deutsche Zulassungsregelung bei ausländischen VU einer kritischen Untersuchung unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten unterzogen werden. Hierbei wird sich die Untersuchung zunächst auf die Vorschrift des § 106 VAG konzentrieren, der zusammen mit § 105 VAG die Zulassung ausländischer VU regelt. § 105 VAG kann dabei weitgehend außer Betracht bleiben. Diese Vorschrift spricht nur aus, daß ausländische VU eine Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb im Inland benötigen, während § 106 VAG die näheren Voraussetzungen nennt.

1) Fahr, S.153

Zweiter Teil

A. Die Verfassungsmäßigkeit der geltenden Zulassungsbestimmungen

I. Problemstellung

Rechtsstaatliche, insbesondere verfassungsmäßige Bedenken sind gegen die Regelung der Zulassung ausländischer VU zum Inlandgeschäft bisher nicht vorgebracht worden. Ob § 106 VAG unter der Herrschaft des Grundgesetzes noch als verfassungsmäßig angesehen werden kann, ist zweifelhaft geworden. Die Bedenken konzentrieren sich hierbei auf das in § 106 Abs.2 Nr.3 1. Satz statuierte "freie" Ermessen des BWM. Das Bundesverfassungsgericht hat die Zulässigkeit freien behördlichen Ermessens in verschiedenen Entscheidungen in Zweifel gezogen¹⁾. Es kann jedenfalls als gesicherte Erkenntnis gelten, daß der Gesetzgeber verfassungsrechtlich gehindert ist, gesetzliche Regelungen zu schaffen, die der Verwaltung ein völlig freies Ermessen lassen und denen ein Mindestmaß an tatbestandlicher Normierung der Ermessensbetätigung fehlt²⁾. Das müsse jedenfalls dann gelten, wenn die Zulassungsregelung sich auf grundrechtlich gewährleistete Betätigungen bezieht, da ansonsten der Gesetzgeber gegen die Grundsätze der Gewaltenteilung und der Rechtsstaatlichkeit verstoßen würde³⁾. Hält es der Gesetzgeber für erforderlich, der Ausübung grundrechtlich gewährleisteter Betätigungen ein Genehmigungsverfahren vorzuschalten, so muß sich aus der Rechtsvorschrift

1) BVerfGE 6,42; 7,129; 8,76, 274, 325; 9,83, 137; 13, 153; 18,352; 20,154

2) BVerfGE 7,154; 8,325; 9,87; 13,160; in der letzten Entscheidung unter Bezugnahme auf eine "vage Generalklausel". Vgl. auch die Besprechung und Übersicht von Müller, DÖV 1969, 120 ff.

3) BVerfGE 1,266; 6,32; 8,71; BVerwGE 2,295, 349; 4,167, 250; 10,202; Friauf, JuS 1962,422 ff; Jesch, JZ 1961,624; Hamann², GG Art. 12 Anm. B 5 a, Art.19 Anm. B 7; Bachof, DVBl. 1957, 788; wohl auch Weber, ZVersWiss 1968, 240 und Krüger, DÖV 1956, 555; Ossenbühl, DÖV 1968,624; Rupp, NJW 1966,2037

selbst ergeben, welche Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung gegeben sein müssen, bzw. aus welchen Gründen die Genehmigung versagt werden darf¹⁾.

Inwieweit diese Erkenntnisse Konsequenzen hinsichtlich des Zulassungsverfahrens für ausländische VU gemäß §§ 105, 106 VAG haben, wurde im Schrifttum bisher nicht erörtert. Die Autoren stützen sich weitgehend auf die Materialien zum VAG, wenn sie einen Rechtsanspruch auf Erteilung der begehrten Erlaubnis verneinen²⁾. Dort heißt es, daß der Reichskanzler auch dann in der Lage sein soll, die Zulassung nach freiem Ermessen zu verweigern, wenn die übrigen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt sind³⁾. Die Verfassungsmäßigkeit der Zulassung nach freiem Ermessen ergebe sich aus der Tatsache, daß hier nicht die Ausübung eines Grundrechts ins Ermessen der Behörde gestellt sei. Stellvertretend für diese Ansicht betont Prölss⁴⁾ in der Kommentierung des § 106 VAG, daß im Gegensatz zu § 8 VAG die Entscheidung über die Zulassung im freien Ermessen des BMW liege (§ 106 Schlußsatz). Die Ermessensfreiheit werde auch nicht durch Art. 12 GG ausgeschlossen oder eingeengt, da das Grundrecht der freien Berufswahl ausländischen juristischen Personen nicht zugutekommt, Art. 19 Abs. 3 GG⁵⁾. Ob diese Begründung geeignet ist, die Regelung des in §§ 105, 106 VAG statuierten Erlaubnisvorbehalts als verfassungsmäßig erscheinen zu lassen, soll Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

1) BVerfGE 6,32; 8,71; Friauf, a.a.O.; Mußnug, Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften, S.91; Jesch, Gesetz und Verwaltung, S.218

2) Prölss⁶ VAG § 101 Anm. 1; Vassel, Einflußnahme auf AVB, S.18; vgl. auch Kraus, S.116

3) Sten.Ber. des Reichstags in: Mot. zum VAG, S.94

4) Prölss⁶ VAG, a.a.O.

5) Prölss⁶ VAG § 106 Anm. 1 (S.890)

II. Die Rechtsnatur der in §§ 105, 106 VAG statuierten Erlaubnis

1. Abgrenzung zwischen präventivem und repressivem Verbot

Nicht immer kann der Gesetzgeber einen Lebenssachverhalt derart regeln, daß er bestimmte Verhaltensweisen entweder allgemein erlaubt oder verbietet. Es gibt Verhaltensweisen, die zwar nicht unbedingt ordnungswidrig sind, jedoch nach den Umständen des Einzelfalles zu Störungen der Ordnung führen können¹⁾. Um jeweils eine Überprüfung zu ermöglichen, hat der Gesetzgeber ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt eingeführt²⁾. Je nachdem, ob bei Vorliegen der tatbestandlichen Erlaubnisvoraussetzungen ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis besteht oder nicht, spricht man von einer "gebundenen" oder "freien Erlaubnis". Bei letzterer steht die Erteilung der Erlaubnis im Ermessen der Behörde³⁾.

Diese von Otto Mayer begründete Lehre vom Verbot mit Erlaubnisvorbehalt erfuhr jedoch bald eine Modifikation dahingehend, daß man seither zwischen präventiven und repressiven Verböten unterscheidet⁴⁾. Nach dieser unbestrittenen Ansicht dienen repressive Verböte grundsätzlich dazu, bestimmte Verhaltensweisen zu unterdrücken, weil der Gesetzgeber sie als sozial unerwünscht angesehen hat. Dagegen betreffen präventive Verböte sozial wünschenswerte oder neutrale Verhaltensweisen. Sie sind nur als vorläufige Verböte gedacht und dienen der vorbeugenden Kontrolle⁴⁾.

1) Friauf, JuS 1962, 422

2) Die Lehre vom Verbot mit Erlaubnisvorbehalt stammt von Otto Mayer und ist grundlegend (Dt.Verwaltungsrecht, S.240)

3) Otto Mayer, a.a.O.

4) Die unterschiedliche Zielsetzung wurde von R. Thoma (VerwArch 32, 247) bei der Untersuchung des von Otto Mayer geprägten Begriffs des "Polizeiverböts" mit Erlaubnisvorbehalt herausgearbeitet, indem er diesen Begriff in die angegebenen zwei wesensverschiedenen Institute teilte. Ihm folgen u.a. Huber, AÖR 78, 113/117, ders., Wirtschaftsverwaltungsrecht, S.71; Forsthoft, Verwaltungsrecht⁹, S.258; v. Turegg-Kraus, Verwaltungsrecht, S.134

Prüft man eine Norm, die ein Verbot mit Erlaubnisvorbekalt enthält, auf ihre Verfassungsmäßigkeit, so muß zuerst der präventive oder repressive Charakter des Verbots ermittelt werden. Diese Notwendigkeit ergibt sich daraus, daß die verfassungsrechtlichen Anforderungen an Gesetze nicht immer gleich sind. Ein Gesetz, das eine Ausnahme von einer an sich verbotenen Tätigkeit regelt, kann anders gefaßt werden als ein Gesetz, das eine nicht verbotene Tätigkeit nur einer präventiven Kontrollmöglichkeit unterziehen will.

Die theoretisch klare Unterscheidung zwischen präventiven und repressiven Verboten bietet jedoch im Einzelfall Anlaß zu erheblichen Zweifeln. Diese entstehen dadurch, weil die Terminologie des zu prüfenden Gesetzes oft keinen Aufschluß darüber gibt, um was für ein Verbot es sich handelt¹⁾. Die Übergänge zwischen repressivem und präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbekalt sind fließend²⁾, es können auch präventive und repressive Verbote kombiniert auftreten³⁾.

Die Erkennbarkeit des Rechtscharakters wird auch nicht dadurch verbessert, daß man nach der sozialen Erwünschtheit oder Schädlichkeit der geregelten Verhaltensweise fragt. Diese Art der Betrachtungsweise ist allenfalls anwendbar, wenn es sich um ein eindeutig klassifizierbares Verhalten handelt. So kann gerade die Versicherungstätigkeit bei ausgeglichener Wirtschaftslage durchaus erwünscht sein. In Zeiten der Marktübersetzung könnte es hingegen zu ruinösem Wettbewerb und Versicherungskonkursen

-
- 1) Die Formulierungen "Das Verhalten ist verboten ... Ausnahmen können genehmigt werden, wenn ..." oder "Das Verhalten ist nur gestattet, wenn ..." sind regelmäßig mehrdeutig. Nach Friauf, JuS 62,424 Fußn.15, ist bei letzterer Formulierung im Zweifel ein präventives Verbot anzunehmen. Jedoch kommt diese auch in eindeutig repressiven Verbotsnormen vor, so in dem vom BVerfG für verfassungswidrig erklärten Gesetz über den Anbau von Weinreben (BVerfGE 8, 71).
 - 2) So verfolgte der Erlaubnisvorbekalt in § 1 GaststG a.F. von 1930 sowohl präventive als auch repressive Zwecke.
 - 3) So meist im Baurecht, wo die Bauerlaubnis unterschiedliche Wirkungen aufweist, je nachdem, ob die Übereinstimmung des Vorhabens mit materiellem Baurecht festgestellt wird oder aber Befreiung von materiell-rechtlichen Vorschriften gewährt.

kommen. In diesem Falle dürfte die Tätigkeit von ausländischen VU auf dem Inlandsmarkt wohl eher sozialschädlich sein. Was sozial erwünscht oder unerwünscht ist, läßt sich nie ein für allemal verbindlich festlegen, es unterliegt der schwankenden Zeitanschauung. Somit kann festgehalten werden, daß es kein eindeutiges Erkennungsmerkmal für ein präventives oder repressives Verbot gibt. Daher muß jeweils im Einzelfall mit den zur Verfügung stehenden Mitteln der Auslegung der Rechtscharakter des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt ermittelt werden.

2. Ermittlung nach dem Gesetzeswortlaut

Beim Versuch, den Rechtscharakter der in §§ 105, 106 VAG statuierten Erlaubnisregelung zu ermitteln, muß man zunächst von der Tatsache ausgehen, daß dieses Problem bisher nicht erörtert worden ist. Rechtsstreitigkeiten über die Zulassung ausländischer VU sind nicht bekannt. Da man sich in diesem Bereich anscheinend bisher außergerichtlich geeinigt hat, konnte die höchst-^{sich}richterliche Rechtsprechung dieses Problems nicht annehmen. Die einschlägige Literatur zu §§ 105, 106 VAG behandelt die Frage gleichfalls nicht. Lediglich sehr vereinzelt wird erwähnt, daß die Zulassung von VU durch ¹⁾ ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt regelt ist.

Bei dem Versuch der Ermittlung des Rechtscharakters nach dem Gesetzeswortlaut fällt von vornherein auf, daß auch hier die Formulierungen "bedürfen der Erlaubnis" (§ 105 Abs. 1 VAG) und "darf erteilt werden, wenn ..." (§ 106 Abs. 2 VAG) mehrdeutig sind. Sie können bedeuten, daß die Tätigkeit ausländischer VU im Inland grundsätzlich verboten sein soll, Ausnahmegenehmigungen aber nach behördlichem Ermessen unter Zugrundelegung der in § 106 Abs. 2 VAG aufgezählten Mindestvoraussetzungen zulässig sein sollen (repressives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). Sie können auch bedeuten, daß das Inlandsgeschäft ausländischer VU nicht grundsätzlich verboten sein soll. Mit

1) So ausdrücklich André, S.43; Kraus, S.114, verweist hierbei auf Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht (Fn.13); diese Zitate beziehen sich jedoch nur auf die Zulassung deutscher VU.

dem Geschäftsbetrieb soll vielmehr erst begonnen werden, nachdem in einem verwaltungsbehördlichen Verfahren geprüft worden ist, daß von der Versicherungstätigkeit keine Gefahren ausgehen können. In einem Punkte ist jedoch der Wortlaut unstreitig: Ein (präventives oder repressives) Verbot mit gebundenem Erlaubnisvorbehalt scheidet von vornherein aus. Aus dem Gesetzeswortlaut des § 106 VAG "darf nur erteilt werden, wenn" und "im übrigen entscheidet der Reichswirtschaftsminister nach freiem Ermessen" ergibt sich, daß die tatbestandlich aufgezählten Voraussetzungen nur Minimalcharakter haben, bei deren Erfüllung kein Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis besteht.

Einerseits kann der Wortlaut des § 106 Abs.1 VAG für ein repressives Verbot sprechen, da es heißt: "Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn ...". Will der Gesetzgeber von einem Verbot lediglich Ausnahmen ermöglichen, so pflegt er dies wie hier in einer "Kann"-Vorschrift zu tun, um so dem behördlichen Ermessen Raum zu selbständigen Entscheidungen zu lassen¹⁾. Dagegen spricht aber, daß es in § 105 Abs.1 VAG heißt: "Ausländische Versicherungsunternehmen, die im Inland ... das Versicherungsgeschäft betreiben wollen, ... bedürfen der Erlaubnis. Damit ist nicht gesagt, daß das Inlandsgeschäft grundsätzlich verboten sei und die Zulassungsbehörde nur beim Vorliegen der Mindestvoraussetzungen von dem allgemeinen Verbot abweichen dürfe.

Gegen ein repressives Verbot spricht ferner die Konzipierung der Erlaubnisregelung für inländische VU in §§ 5,8 VAG. Hier soll es sich nach unbestrittener Meinung um ein präventives Verbot mit gebundener Erlaubnis handeln²⁾.

1) Mußnug, S.88

2) Allerdings wird dieser Terminus in der einschlägigen Literatur fast nie benutzt, meist wird nur gesagt, daß dem deutschen VU ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis zustehe; vgl. Prölss⁶ VAG § 8 Anm. 1; Vassel, Einflußnahme auf AVB; er kommt allerdings vor bei André, S. 43.

Die Gebundenheit der Erlaubnis ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut des § 8 VAG ("darf nur versagt werden, wenn ..."). Die Rechtsnatur der Regelung (präventives oder repressives Verbot) ist weder dem Wortlaut des § 8 noch dem des § 5 VAG zu entnehmen. Wie § 105 begründet auch § 5 VAG nur die Erlaubnispflicht der Versicherungstätigkeit, mehr sagt die Norm nicht aus. Aus der ähnlichen Regelung des § 105 auf ein präventives Verbot zu schließen, setzt voraus, daß §§ 5,8 VAG tatsächlich ein präventives Verbot beinhalten. Die Ähnlichkeit des Wortlauts kann nur ein Indiz für die gleiche Rechtsnatur sein. Zur Lösung dieser Frage kann daher vom Wortlaut des Gesetzestextes nicht ausgegangen werden.

Was sich der Gesetzgeber bei Erlaß der §§ 105 und 106 vorgestellt hat, ist nicht zu ermitteln, da die Gesetzesmaterialien zur Frage nach dem Rechtscharakter der Erlaubnis ebenfalls schweigen.

3. Ermittlung nach der Zwecksetzung

Anhand der von Thoma¹⁾ gebildeten Unterscheidung zwischen repressivem und präventivem Verbot bietet es sich an, die unterschiedliche Zielsetzung der Verbote als Kriterium heranzuziehen.

Wie eingangs schon erwähnt, hat das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nach herkömmlicher Betrachtungsweise nur Kontrollfunktion hinsichtlich sozial neutraler oder wertvoller Verhaltensweisen. Dagegen soll das repressive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt Tätigkeiten betreffen, die unterdrückt werden sollen, weil sie der Gesetzgeber als grundsätzlich sozialschädlich ansieht. So unbrauchbar eine Unterscheidung nach der sozialen Erwünschtheit für die Ermittlung des Rechtscharakters eines Verbots mit

1) VerwArch 32, 247 f

Erlaubnisvorbehalt auch ist¹⁾, bietet sie jedoch einen Anknüpfungspunkt für eine Auslegung nach Zweck und Ziel der zu prüfenden Norm. Fragt man nach dem Gesetzesziel im Hinblick auf das Ausmaß der Zulassungen, so ergibt sich im vorliegenden Falle folgendes Bild:

Soll nach der Zielsetzung der §§ 105, 106 VAG die Tätigkeit ausländischer VU im Inland grundsätzlich verboten sein, so ist ein repressives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt anzunehmen. Soll hingegen der Inlandstätigkeit lediglich eine präventive Kontrolle vorgeschaltet werden, so liegt ein präventives Verbot mit (freiem) Erlaubnisvorbehalt vor. Im letzteren Fall müßte die Erteilung der Zulassung zum Inlandsgeschäft der Regelfall sein, dagegen müßte im ersteren Fall die Versagung der Erlaubnis die Norm, die Erteilung dagegen die Ausnahme sein. Das ergibt sich daraus, daß der Erlaubnisvorbehalt bei repressiven Verboten Ausnahmecharakter hat²⁾.

Die Zulassung ausländischer VU zum Inlandsgeschäft wurde jedoch nie als Ausnahmefall angesehen. Diese Tatsache läßt sich dem im ersten Teil angeführten Zahlenmaterial eindeutig entnehmen³⁾. Wenn im Jahre 1968 175 inländischen Versicherungs-Aktiengesellschaften immerhin 43 ausländische gegenüberstehen, so kann man von einer ausnahmsweisen Zulassung ausländischer VU nicht reden⁴⁾. Auch läßt sich eine dahingehende Verwaltungspraxis in den

1) Während es sich z.B. im Falle der Erteilung einer Fahrerlaubnis (§ 2 StVG) eindeutig um ein präventives Verbot handelt, ist es dagegen bei §§ 3 und 6 des KriegswaffenG streitig, was für ein Verbot gemeint ist. Mußnug, S. 92 nimmt ein präventives Verbot an, obwohl es sich hier wohl eindeutig um ein grundsätzlich sozial-schädliches Verhalten handelt. Im Hinblick auf Art. 26 GG könnte hier auch ein repressives Verbot angenommen werden.

2) Huber, AÖR 78, 113 f

3) S. 3 ff

4) Vgl. Zahlen der Tabelle S. 119 im Anhang.

einschlägigen Veröffentlichungen nicht erkennen¹⁾. Für die Ablehnung eines repressiven Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt spricht ferner die Tatsache, daß um die Ablehnung eines Antrags auf Zulassung zum Inlandsgeschäft bisher noch kein Rechtsstreit bekannt geworden und ein derartiges Urteil veröffentlicht worden ist²⁾.

Der Gesetzgeber erläßt grundsätzlich dann ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, wenn er eine Betätigung von einer nach Ermessen zu erteilenden Konzession abhängig machen will, weil bei ihr ständig wechselnde wirtschafts- oder außenpolitische Erwägungen oder Interessen berücksichtigt werden müssen, die sich im Vorhinein nicht für alle Zeiten festlegen lassen³⁾. Dieser Gesichtspunkt ist auch im vorliegenden Falle ausschlaggebend. Die Vorschriften der §§ 105, 106 VAG dienen der außenwirtschaftlichen Lenkung. Der Zulassungsbehörde steht hierzu das in § 106 Abs. 2 Nr. 3 1. Satz statuierte freie Ermessen zur Verfügung, um bei der Zulassung ausländischer VU den Wechselfällen der Wirtschafts- und Außenwirtschaftspolitik

1) So vor allem in den Geschäftsberichten des BAA. Dieses ist zwar nicht Zulassungsbehörde, sondern der BMW, jedoch hat sich das BAA gutachtlich zu äußern (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 VAG). Daher ist anzunehmen, daß das BAA sich wegen der engen Zusammenarbeit einmal diesbezüglich geäußert hätte.

2) Siehe S. 30

3) Mußnug, S. 92

Rechnung tragen zu können. Zweck und Ziel der in §§ 105, 106 VAG statuierten Erlaubnis ist nicht, die ausländischen Unternehmen vom Inlandsgeschäft entfernt zu halten, sondern die Flexibilität der Zulassungspraxis bei sich wandelnder und nicht vorhersehbarer Interessenlage zu gewährleisten. Man will die Tätigkeit ausländischer VU nicht generell verbieten, behält sich jedoch eine Handhabe vor, um z.B. bei Überbesetzung des Inlandsmarktes die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb versagen zu können. Der Erlaß eines generellen Verbots wäre auch unzweckmäßig, da mit ihm eine Flexibilität des Verwaltungshandelns, wie sie gerade im Wirtschaftsverwaltungsrecht notwendig ist, nicht zu erreichen ist.

Ferner ist ein lediglich präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt auch aus folgendem Grunde anzunehmen: Bei der Annahme eines repressiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt müßte dieses generelle Verbot auch in irgendeiner Form im Gesetz erwähnt sein. Schon das Fehlen allein spricht im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip für ein präventives Verbot, denn nach dem Rechtsstaatsprinzip muß ein Verbot ausdrücklich angeordnet sein. Zwar handelt es sich im vorliegenden Fall um vorkonstitutionelles Recht, jedoch müssen seit Erlaß des Grundgesetzes auch hier die Grundsätze des Rechtsstaatsprinzips bei der Auslegung herangezogen werden. Gegen die Annahme eines präventiven Verbots mit Erlaubnis spricht auch nicht die Tatsache, daß Versicherungstätigkeit ohne vorherige Erlaubnis unter Strafe gestellt ist¹⁾. Die Strafbewehrung dient lediglich dazu, die präventive Kontrolle auch durchsetzen zu können und findet sich häufig im Zusammenhang mit präventiven Verbotsnormen²⁾.

1) In § 140 VAG

2) So z.B. im Straßenverkehrsrecht. § 2 StVG regelt die Erteilung der Fahrerlaubnis, § 21 StVG regelt die Strafsanktion.

4. Ergebnis: §§ 105, 106 VAG als präventives Verbot mit freiem Erlaubnisvorbehalt

Ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt liegt auch dann vor, wenn der Gesetzgeber diesen Vorbehalt gleichwohl in die Form einer "Kann"-Vorschrift faßt, die alles Weitere dem behördlichen Ermessen überläßt. Statt einer "gebundenen" Erlaubnis wird in solchen Fällen lediglich eine "freie" Erlaubnis vorbehalten. Eine solche Erlaubnis enthält auch § 106 VAG. Die Verwaltungsbehörde "darf" die Erlaubnis beim Vorliegen der Mindestvoraussetzungen erteilen, muß es aber nicht; insoweit liegt nur eine "Kann"-Vorschrift vor. Alles Weitere ist in das Ermessen des BWM als Zulassungsbehörde gestellt, wie es in § 106 Abs.2 Nr. 3 1. Satz genannt ist.

III. Die Verfassungswidrigkeit des freien behördlichen Ermessens nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

1. Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip

Wie oben angegeben, hat das Bundesverfassungsgericht die Zulässigkeit freien behördlichen Ermessens in Frage gestellt, so daß es als gesicherte Erkenntnis gelten muß, daß ein schrankenloses Ermessen von der Verwaltung nicht mehr ausgeübt werden darf. Die dogmatische Begründung ist jedoch lückenhaft geblieben, und das Bundesverfassungsgericht blieb in seiner Argumentation nicht immer folgerichtig¹⁾. Ursprünglich ging die Rechtsprechung davon aus, daß die gesetzliche Ermächtigung zur Ausübung freien Ermessens einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip beinhaltet²⁾. Der Gesetzgeber müsse die der Eingriffsmöglichkeit offenliegende Rechtsphäre

1) Vgl. die Übersicht bei Müller, DÖV 1969, 119 ff

2) BVerfGE 6, 42; 8, 71; 8, 274; BVerwGE 2, 349

selber abgrenzen und dürfe dies nicht dem Ermessen der Verwaltungsbehörde überlassen¹⁾. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich dieser Rechtsprechung angeschlossen²⁾.

Was das Bundesverfassungsgericht in diesen Entscheidungen unter dem Rechtsstaatsprinzip versteht, hat es nicht näher erläutert; es ergibt sich aber mittelbar aus der Entscheidung Bd. 8 S.274. Obwohl sich diese auf die Zulässigkeit von Beurteilungsermessen beschränkt, sind die Ausführungen so allgemein gehalten, daß sie für alle Ermessensformen, für Handlungs- und Beurteilungsermessen, Anwendung finden können. Das hat auch das Bundesverfassungsgericht gemeint, wenn es in dieser Entscheidung auf BVerfGE 6,42 Bezug genommen hat. Es ist danach mit dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Gewaltenteilung und der Rechtsschutzgarantie unvereinbar, die Bestimmung der Grenzen der Freiheit im Einzelfall dem Ermessen der Verwaltung zu überlassen. Aus dem so formal³⁾ verstandenen Rechtsstaatsprinzip ergeben sich aber nur die Schranken der verfassungsrechtlich zulässigen Ermessenseinräumung. Keineswegs ist damit gesagt, daß Ermessen im Bereich der Eingriffsverwaltung gänzlich ausgeschlossen sein soll. Der Gesetzesvorbehalt, unter dem die Eingriffsverwaltung steht, wäre allerdings dann tangiert, wenn Ermessensausübung nicht als Rechtsanwendung, sondern als rechtsfreie Entscheidung anzusehen sei. Müller⁴⁾ und Rupp⁵⁾ wenden sich dagegen mit dem Einwand, daß die Ermächtigung zur Ermessensausübung auf dem gesetzlichen Willen beruht, durch den Gesetzeszweck

1) BVerfGE 8,71 unter Bezugnahme auf BVerfGE 6,42

2) BVerwGE 2, 349

3) Müller a.a.O.; siehe auch dort Fußn. 22 mit weiteren Nachweisen zum formellen Rechtsstaatsprinzip.

4) Müller, DÖV 1969, 119 ff

5) Rupp, NJW 1966, 2037 ff

determiniert ist und pflichtgemäß ausgeübt werden muß. Auch das Bundesverfassungsgericht ist dieser Auffassung, die sich aus den angeführten Entscheidungen entnehmen läßt¹⁾.

Verstößt die Einräumung von Handlungsermessen nicht schlechthin gegen das Rechtsstaatsprinzip, so kann die Formulierung "die Bestimmung der Freiheit stehe im Ermessen der Verwaltung" nur bedeuten, daß lediglich ein völlig freies Ermessen, das nach Inhalt, Zweck und Ausmaß nicht begrenzt ist. verfassungswidrig sein soll. Das ergibt sich aus verschiedenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Dort ist die Rede von "rechtsstaatlichen Bedenken gegen einen zu weiten Ermessensspielraum"²⁾. "Der Gesetzgeber müsse die Tätigkeit der Verwaltung inhaltlich normieren und dürfe sich nicht darauf beschränken, allgemein gehaltene Grundsätze aufzustellen und damit eine lediglich formelle rechtsatzmäßige Bindung zu schaffen"³⁾. In jüngeren Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht seine Ansicht dahingehend präzisiert, "der Gesetzgeber müsse der Entschließungsfreiheit der Verwaltung hinreichende rechtliche Schranken setzen; die Tatbestände, unter denen eine Erlaubnis zu erteilen oder zu versagen ist, inhaltlich normieren und, soweit für Ermessen Raum bleibe, dessen Grenzen abstecken". Das Gericht erachtet eine vage Generalklausel, die es völlig dem Ermessen der Exekutive überlasse, die Grenzen von Freiheit und Eigentum zu bestimmen"⁴⁾, für rechtsstaatswidrig. Allerdings bejaht das Bundes-

1) BVerfGE 8, 155/173; 9, 83/87; 9, 137/147 f; 18, 353/363

2) BVerfGE 7, 154

3) BVerfGE 8, 325; vgl. auch 9, 87

4) BVerfGE 13, 160

verfassungsgericht die Rechtmäßigkeit einer Zulassung, die im Ermessen der Verwaltungsbehörde steht, im Hinblick darauf, daß sich eine Ermessensbegrenzung daraus ergebe, daß dieses pflichtmäßig auszuüben sei, daß die Ermessensausübung den Gleichheitsgrundsatz zu beachten habe und daß die Ermessensentscheidung in strenger Bindung an die Gesetzesziele getroffen werden müsse. Der Gesetzeszweck müsse außerdem erkennbar sein¹⁾. Hier hielt es das Bundesverfassungsgericht für unbeachtlich, daß die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein verwaltungsbehördliches Tätigwerden nicht im einzelnen fixiert waren. Diese Entscheidung steht aber in keinem Widerspruch zu den aufgestellten Grundsätzen. Vielmehr läßt sich die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit freien behördlichen Ermessens auf zwei Grundsätze reduzieren, die in BVerfGE 9 S. 87 und 12 S.281 besonders klar zum Ausdruck kommen. Das Bundesverfassungsgericht hat immer nur den Extremfall freien behördlichen Ermessens als gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßend angesehen, das nicht nach Gegenstand, Inhalt, Zweck und Umfang eingeschränkt worden ist. In der zweiten Entscheidung betont das Gericht, daß es sich nicht nur nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung beurteilen läßt, ob rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechende Schranken der Ermessenshandhabung bestehen, weil an die tatbestandliche Fixierung keine unerfüllbaren Forderungen gestellt werden dürfen. Da das Ermessen "nur in strenger Bindung an die Ziele des Gesetzes" betätigt werden darf, kann sich auch ohne tatbestandliche Festlegung der Handlungsvoraussetzungen hieraus eine rechtsstaatlich hinreichende Beschränkung der Ermessensausübung ergeben. Das Bundesverfassungsgericht

1) So BVerfGE 18, 363 ff

meint mit diesem Grundsatz wohl letztlich, daß bei mangelnder tatbestandlicher Fixierung versucht werden muß, im Wege einer "verfassungskonformen" Auslegung die Ziele und damit die Schranken des zu prüfenden Gesetzes zu ermitteln.¹⁾

Als Ergebnis ist daher festzuhalten: Inhalt und Schranken des in § 106 Abs.2 Nr. 3 1.Satz VAG statuierten freien Ermessens ergeben sich aus dem Wortlaut der Bestimmung nicht. Die Vorschrift wäre nach dieser älteren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßend anzusehen, es sei denn, es gelänge im Wege einer "verfassungskonformen Auslegung" die Ziele der gesetzlichen Regelung zu ermitteln und so die Schranken des freien Ermessens zu bestimmen.

2. Verstoß gegen Grundrechte

Eine wesentliche Änderung der dogmatischen Begründung für die Verfassungswidrigkeit freien behördlichen Ermessens brachte das ~~bekannte~~- "Sammlungs-urteil"²⁾ des Bundesverfassungsgerichts, in dem das Genehmigungsverfahren zur Abhaltung öffentlicher Sammlungen für verfassungswidrig erklärt wurde. Das Gericht hält die Genehmigungsvorbehalte wegen Fehlens eines Rechtsanspruches für "grundrechtswidrig". Dieser Anspruch wird damit nicht mehr aus dem formal verstandenen Rechtsstaatsprinzip, sondern aus den Grundrechten hergeleitet. Das Anliegen des Bundesverfassungsgerichts ist evident. Die Zulassung zur Ausübung von Grundrechten darf nicht ins Ermessen der Verwaltung gestellt werden. Zum Rechtsstaatsprinzip wird ausgeführt, daß der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Prinzip der Gewaltenteilung eine

1) Der gleichen Ansicht ist auch Friauf, JuS 62,425

2) BVerfGE 20, 150 ff

inhaltliche Normierung der Verwaltung gebieten und daß die gesetzliche Regelung dem nicht entspricht, weil jeder Hinweis fehlt, "nach welchen Merkmalen die Behörde zu entscheiden hat". "Auch insoweit" sei die Regelung verfassungswidrig. Damit hat das Bundesverfassungsgericht deutlich gegenübergestellt: Grundrechtswidrigkeit wegen Vorenthaltung eines Rechtsanspruches, Rechtsstaatswidrigkeit wegen fehlender Begrenzung der Ermessensausübung¹⁾. Hier wird nicht mehr gesagt, daß die Einräumung freien Ermessens und der Vorenthalt eines Rechtsanspruches allein wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip verfassungswidrig sei. Die Ermessensbegrenzung und der daraus sich ergebende Rechtsanspruch gründen nicht mehr im formalen Rechtsstaatsprinzip, sondern in einem am Übermaßverbot²⁾ orientierten grundrechtskonformen Verständnis des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt³⁾. Dient das Verbot lediglich im öffentlichen Interesse der Klärung, ob schutzwürdige Belange des Gemeinwohls der Grundrechtsverwirklichung entgegenstehen, so rechtfertigen die öffentlichen Belange keine über diese Prüfung hinausgehende Einschränkung der Grundrechtsausübung, wenn sich eine Beeinträchtigung der öffentlichen Interessen nicht feststellen läßt. Für einen Ermessensspielraum ist aus materiellen Gründen kein Raum mehr, er ist "auf Null reduziert". Der Rechtsanspruch ist nach Müller⁴⁾ "das Ergebnis verfassungskonformer Ermessenshandhabung". Ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt wäre dann verfassungswidrig, wenn eine derartige Ermessensreduzierung nicht mehr vorgenommen werden kann, weil sich die schutzwürdigen Belange dem Gesetz nicht entnehmen lassen.

1) Diese Akzentverschiebung deutete sich schon in BVerfGE 18,363 an.

2) Da das Übermaßverbot nach dem BVerfG eine Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips darstellt (NJW 1968, 931), muß dieses fortan nicht mehr formell, sondern materiell, d.h. werterfüllt verstanden werden. Vgl. Müller, DÖV 69,125 und Maunz-Dürig, GG, Art. 20 Rdn. 59 ff.

3) Müller a.a.O.

4) Müller a.a.O.

3. Schlußfolgerungen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

a) Die Notwendigkeit einer "Eingriffsnorm"

Der angeführten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist ein wesentlicher Gesichtspunkt zu entnehmen. Offensichtlich hielt es das Gericht nicht für erforderlich, in seinen Entscheidungen zwischen "präventiven und repressiven Verböten mit Ausnahmevorbehalten zu differenzieren. Es ist lediglich in den frühen Entscheidungen vom Verbot mit "Erlaubnisvorbehalt" die Rede¹⁾. Die genaue Differenzierung könnte aber im vorliegenden Fall von Wichtigkeit sein: Hat das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt Eingriffscharakter, so könnten die verfassungsrechtlichen Anforderungen strenger sein, als wenn es Leistungscharakter hat. Anscheinend ist das Bundesverfassungsgericht immer vom Eingriffscharakter eines wie auch immer gearteten Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt ausgegangen, wenn es von einer "der Eingriffsmöglichkeit offenliegenden Rechtssphäre" spricht²⁾. Ebenso gut könnte man sich hinsichtlich der präventiven und repressiven Verbote mit freien Erlaubnisvorbehalten auf den gegenteiligen Standpunkt stellen. Mangels eines Rechtsanspruches beinhaltet die Gewährung einer Erlaubnis eine Vergünstigung. Diese stellt eine Leistung des Staates dar, und die Anforderungen an ein leistendes Gesetz können geringer sein, da nur die Eingriffs-, nicht aber die Leistungsverwaltung unter dem Vorbehalt des Gesetzes stehe³⁾.

1) So spricht es im "Arzneimittelfall" (BVerfGE 20, 283) von einem "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt". Was damit gemeint ist, bleibt unklar; dem Sachverhalt zufolge handelt es sich um ein repressives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.

2) BVerfGE 8, 71

3) BVerfGE 6, 282 (287); ebenso BVerwGE 18, 352 (352); BVerfGE 8, 155; VGH Kassel DVbl 1968, 259; Wolff², Lb. III, § 138 III; Meister, DVbl. 1972, 593, gegen die h.M. aber: Selmer JuS 1968, 495 f., Maunz-Düring-Herzog, Art. 20, Rdn. 129

Diese Ansicht ist zwar bestritten, jedoch ist auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Eingriffscharakter eines Gesetzes ein Grund, die Bestimmtheitsanforderungen zu erhöhen¹⁾. Dagegen habe beispielsweise die relativ weite Ermächtigung des Investitionshilfegesetzes für hinreichend bestimmt erachtet werden können, weil sie für die Betroffenen keine zusätzliche Belastung, sondern nur eine Erleichterung bedeutet habe²⁾.

Es bedarf daher einer Prüfung, ob das in §§ 105, 106 VAG enthaltene präventive Verbot mit freiem Erlaubnisvorbehalt überhaupt eine Eingriffsermächtigung zum Inhalt hat, da die aufgestellten verfassungsrechtlichen Erfordernisse offensichtlich nur für solche Geltungskraft haben sollen. Beinhaltend die angegebenen Bestimmungen dagegen eine Leistungsermächtigung, so ist nach anderen Anforderungen für die Bestimmtheit verwaltungsbehördlichen Ermessens zu suchen. Das Bundesverfassungsgericht verzichtet auch bei begünstigenden Gesetzesvorschriften nicht auf Bestimmtheitsanforderungen, wenn auch die oben erwähnten strengen Formulierungen fehlen und die Anforderungen insgesamt milder sind³⁾.

b) Die Notwendigkeit einer Grundrechtstanglierung

Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings in einer Entscheidung⁴⁾ den Eingriffscharakter der Ablehnung einer Erlaubnis herausgearbeitet. Erstmalig anknüpfend an die Unterscheidung zwischen präventiven und repressiven Verboten mißt das Gericht einem Verbot

1) Besonders deutlich
BVerfGE 7, 282 ff

2) BVerfGE 4, 7/21 f

3) BVerfGE 7, 129, 154 f; 12, 354, 356 f; 15, 275, 281 f

4) BVerfGE 20, 150

mit Erlaubnisvorbehalt im Regelfall "jedenfalls für den Bereich der sich aus den Grundrechten ergebenden Befugnisse" nur die Funktion einer formellen Ausübungsschranke im Rahmen eines präventiven Prüfungsverfahrens bei. Da das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt lediglich ein formelles Hindernis darstellt, liegt der Eingriff nicht schon in dem gesetzlich vorgesehenen Erlaubnisvorbehalt. Der materielle Eingriff liegt vielmehr erst darin, daß durch Versagung der Erlaubnis das Recht nicht ausgeübt werden kann¹⁾. Der eingreifende Charakter eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt ist dann immer gegeben, wenn durch das Verbot die Ausübung grundrechtlich geschützter Befugnisse tangiert ist. Für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der in §§ 105, 106 VAG enthaltenen Zulassungsregelung ist daher die Untersuchung wesentlich, ob sich ein die Zulassung begehrendes ausländisches VU auf Grundrechte stützen kann. In diesem Falle wäre bei Versagung der Eingriffscharakter der Regelung klargestellt. Es ergäbe sich ferner die Grundrechtswidrigkeit wegen Fehlens eines Rechtsanspruches auf Erteilung der Erlaubnis und die Rechtsstaatswidrigkeit bei eventuell fehlender Begrenzung der Ermessensausübung²⁾.

IV. Die Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze des Bundesverfassungsgerichts auf die Zulassungsregelung der §§ 105, 106 VAG

1. Die ausländischen VU zustehenden Grundrechte

Das Versicherungsgeschäft ist eine gewerbliche Tätigkeit. Die berufliche und gewerbliche Niederlassungsfreiheit ist u.a.durch Art.12 Abs.1 GG geschützt.

- 1) Müller, DÖV 69, 122 unter Bezugnahme auf BVerfGE 20, 154 f
- 2) Es sei denn, die in §§ 105, 106 VAG enthaltene Zulassungsregelung läßt sich verfassungskonform auslegen.

Daß sich ein ausländisches VU nicht auf dieses Grundrecht wegen dessen Natur als Deutschenrecht berufen kann, ist evident. Das Bundesverfassungsgericht hat seine Grundsätze im oben erwähnten "Sammlungsurteil"¹⁾ an Art. 2 Abs.1 GG entwickelt, wohl deshalb, weil Sammlungstätigkeit nur unter dieses Grundrecht zu subsumieren ist. Bei Fragen der Gewerbefreiheit hätte das Gericht wahrscheinlich auf Art. 12 GG abgestellt, obwohl diese Annahme nicht als sicher gelten kann. Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Urteil²⁾ Art. 2 Abs. 1 GG zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht, obwohl es ebensogut Art. 12 GG hätte anwenden können. Allerdings ist diese Entscheidung vereinzelt geblieben.

Nun wäre es denkbar, daß ein die Zulassung begrechendes ausländisches VU den ihm fehlenden Grundrechtsschutz aus Art. 2 Abs.1 GG entnehmen könnte. Das Grundrecht des Art. 2 Abs.1 GG ist ein allgemeines Menschenrecht und steht jedermann, also auch den Ausländern zu. Damit taucht die vieldiskutierte Frage des Verhältnisses der benannten Freiheitsrechte zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs.1 GG hier wieder auf³⁾. Nach herrschender Auffassung stellen die benannten, Art. 2 Abs. 1 GG folgenden Freiheitsrechte spezielgesetzlich normierte Anwendungsfälle und Konkretisierungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar. Sie sind Erscheinungsformen dieses "Hauptfreiheitsrechts" und stehen zu

1) BVerfGE 20, 150

2) BVerfGE 17, 319; vgl. auch BVerfGE 8, 327 f; 17, 251

3) Die Literatur hierzu ist unübersehbar, vgl. insbes. Berg, JuS 1969, 16 m.w.N.; Maunz-Dürig, GG Art. 2 Rdn. 6, 66 ff; Dürig, AÖR 81, 121; v. Mangoldt, S.38; Wernicke, BK Art. 2 Erl.III b; BGH DVBl. 53, 472; BVerfGE 21, 234; 22, 120; v.Mangoldt-Klein, BG; Haas, DÖV 54, 70 ff; Wehrhahn, AÖR 82, 250; Wertenbruch, DVBl. 58, 481

ihm im Verhältnis der *leges speciales* zur *lex generalis*¹⁾.

Das Bundesverwaltungsgericht vertritt allerdings die Theorie, den einzelnen Freiheitsrechten komme Grundrechtsqualität ohne Bindung an Art. 2 Abs. 1 GG zu. Diese seien nicht Ausfluß und Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sondern "teils Ableitungen aus der in Art. 1 Abs. 1 GG vorausgesetzten Personenhaftigkeit des Menschen, teils aber auch der bloße Niederschlag politischer Wünschbarkeiten"²⁾.

Welcher Ansicht zu folgen ist, bedarf im vorliegenden Falle nicht der Entscheidung. Wenn auch nach herrschender Meinung in der Literatur Art. 2 Abs. 1 GG Auffangrecht für nicht konkretisierte Freiheitsrechte ist, dient es jedoch nicht dazu, Auffangrecht im personellen Bereich zu sein³⁾. Diese Tatsache wurde trotz der unübersehbaren Diskussion um Art. 2 Abs. 1 GG nie in Frage gestellt. Allerdings bietet sich wohl unter Anwendung der herrschenden Meinung die dogmatisch einleuchtende Begründung. Nach der allgemeinen Auslegungsregel "*lex specialis derogat legi generali*", die auch im Verfassungsrecht gilt, verliert die generelle Norm ihre Geltung, wenn ein bestimmter Lebenssachverhalt von dem Tatbestand der speziellen Norm erfaßt wird. Daher tritt Art. 2 Abs. 1 GG als generelles Hauptfreiheitsrecht immer dann zurück, wenn bestimmte Lebensbereiche durch spezielle Freiheitsrechte geschützt sind⁴⁾. Daraus ergibt sich für den personellen Bereich der Grundrechte: Soweit einzelne Grundrechte nur für Deutsche gelten, enthalten sie

1) Maunz-Dürig, GG Art. 2 I Rdn. 6 ff; Wernicke, v. Mangoldt a.a.O.

2) BVerwGE 1, 48, 51; 3, 130 ff; ebenso BGH DVB1. 1953, 471 ff

3) Maunz-Dürig, GG Art. 2 I Rdn. 66 b; Nipperdey, Grundrechte IV 2 S. 762 f; Ruppel, S. 35

4) Ruppel a.a.O.

eine vom Verfassungsgeber gewollte abschließende Regelung. Daher ist es unzulässig, den fehlenden Grundrechtsschutz dem Art. 2 Abs. 1 GG zu entnehmen.

Die Richtigkeit dieser Ansicht beweist Dürig¹⁾ vom Ergebnis her: Wenn der Rückgriff auf Art. 2 Abs. 1 GG möglich wäre, würde das dazu führen, daß die berufliche Freiheit der Ausländer durch die enger gefaßten Schranken des "soweit"-Satzes des Art. 2 Abs. 1 GG begrenzt wäre, die der Deutschen dagegen dem weitergehenden Vorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG unterstünde, was zu einer Besserstellung der Ausländer führen würde. Das kann aber nicht der Wille des Verfassungsgebers sein, der Art. 12 GG ausdrücklich als Deutschenrecht konzipiert hat. Die Inlandstätigkeit ausländischer VU sowie die Zulassung hierzu ist somit von keiner Bestimmung des Grundrechtskataloges geschützt.

2. Rechtsfolgen mangelnden Grundrechtsschutzes

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß die Niederlassungsfreiheit ausländischer VU nur nach Maßgabe von gesetzlichen Bestimmungen gewährt wird, die im Range dem Verfassungsrecht nachgehen. Der Gesetzgeber hat eine umfassende Gestaltungsfreiheit bei der Regelung dieser Materie, ohne durch Grundrechte darin eingeschränkt zu sein. Das bedeutet, ein totales Verbot des Inlandsgeschäftes ausländischer VU wäre unangreifbar und ebenso möglich wie eine Gleichstellung mit inländischen VU. Unter den Erlaubnisregelungen wäre ein repressives ebenso wie ein präventives Verbot denkbar. Fraglich bleibt jedoch, wie "frei" der Gesetzgeber bei der Regelung grundrechtlich nicht geschützter Tätigkeiten ist. Zwar ergibt sich ein-

1) Maunz-Dürig, GG Art. 2 I Rdn. 66 b

deutig, daß er Grundrechte nicht zu beachten braucht, nicht aber, ob er darüber hinaus an die Verfassung gebunden ist, insbesondere, ob er das Rechtsstaatsprinzip¹⁾ beachten muß.

3. Die Ermittlung der Verfassungswidrigkeit der Zulassungsregelung aus dem Rechtsstaatsprinzip

a) Der Geltungsbereich des Rechtsstaatsprinzips

Die Möglichkeit einer Verfassungswidrigkeit der geltenden Zulassungsbestimmungen für ausländische VU, §§ 105, 106 VAG, wegen unbegrenzter Zulässigkeit freien behördlichen Ermessens wäre denkbar, wenn das Rechtsstaatsprinzip uneingeschränkt auf Inländer wie auf Ausländer anwendbar wäre.

Denkbar wäre es, daß die Verwaltung Freiheitsbereiche, in denen den Ausländern kein Grundrechtsschutz zusteht, auch ohne gesetzliche Ermächtigung regeln könnte²⁾. So könnte beispielsweise der Bundeswirtschaftsminister ganz ohne ermächtigende Norm die Genehmigung versagen. Die gesetzliche Ermächtigung zur Ausübung freien behördlichen Ermessens wäre dann ein bloßes minus im rechtstaatlichen Sinne gegenüber einem gesetzessfreien Tätigwerden der Zulassungsbehörde.

Hierzu ist festzustellen, daß die Exekutive Eingriffsakte nie aus eigener Machtvollkommenheit vor-

1) Aus welchen Artikeln der Verfassung sich das Rechtsstaatsprinzip ergibt, ist umstritten. Genannt werden Art. 2 I und 20 Abs.3 GG. Der Streitfall ist hier belanglos; daß das Rechtsstaatsprinzip Verfassungsrang genießt, ist unbestritten.

2) Erörterung bei Ruppel, S.60

nehmen darf. Auch im grundrechtlich nicht geschützten Bereich bedarf sie zur Rechtmäßigkeit der Grundlage eines formellen oder materiellen Gesetzes¹⁾. Dieses Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung hat in Art. 2 Abs. 1 und 20 Abs.3 GG seine verfassungsrechtliche Grundlage und ist ein Hauptwesensmerkmal des Rechtsstaatsprinzips²⁾. Dieses findet unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Rechtssubjekte Anwendung. Es war schon vorher unter der Herrschaft der Weimarer Reichsverfassung anerkannt, daß der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gleichmäßig auf Inländer und Ausländer Anwendung findet. Es handelt sich hierbei um einen ungeschriebenen Satz des Verfassungsrechts, der Legislative und Exekutive unmittelbar bindet. Er wirkt sich bei den deutschenrechtlichen Freiheitsbereichen als weitere verfassungsrechtliche Schranke gegen Ausländerbenachteiligung aus³⁾. Gilt das Rechtsstaatsprinzip und der darin enthaltene Vorbehalt des Gesetzes gleichermaßen für In- und Ausländer⁴⁾, so muß angenommen werden, daß ein die Betätigung von Ausländern im Inland regelndes Gesetz den gleichen rechtsstaatlichen Anforderungen wie jedes andere Gesetz genügen muß.

b) Der Eingriffscharakter der Zulassungsregelung

Ist festgestellt, daß das Rechtsstaatsprinzip auch auf Ausländer Anwendung findet, so ist damit noch nichts gewonnen, solange nicht der Eingriffs-

1) Ruppel a.a.O.

2) Generell zum Rechtsstaatsprinzip vgl. Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung; Maunz-Dürig, GG Art. 20 Rdn. 124 ff; Jesch, Gesetz und Verwaltung; Schaumann, JZ 1966, 721 ff

3) Ruppel, S. 61

4) So schon Anschütz, WRV Vorbem. 5 b vor Art. 109; Isay, Fremdenrecht, S.92

charakter der in §§ 105, 106 VAG enthaltenen Zulassungsregelung festgestellt ist. Wie eingangs erwähnt, finden die strengen Bestimmtheitsanforderungen nur auf Regelungen mit eingreifendem Charakter Anwendung. Das Bundesverfassungsgericht hat im Sammlungsurteil¹⁾ festgestellt, daß die Rechtsfigur "Verbot und Erlaubnisvorbehalt" jedenfalls dann Eingriffscharakter habe, wenn die Ausübung grundrechtlich geschützter Tätigkeiten betroffen ist. Ob das bei Tangierung nicht grundrechtlich geschützter Freiheitsbereiche der Fall ist, bedarf einer Klärung.

So könnte man sich im vorliegenden Fall auf folgenden Standpunkt stellen: Da sich ein ausländisches VU nicht auf Grundrechte stützen kann, liegt im Falle der Nichtzulassung kein Eingriff vor. Da die Zulassung zum Inlandsgeschäft eine Leistung des Staates beinhaltet, ist auch die relative Unbestimmtheit des § 106 VAG verfassungsgemäß, da der Gesetzgeber bei Abfassung von Gesetzen der Leistungsverwaltung freier gestellt ist als bei solchen der Eingriffsverwaltung²⁾. Unter Zugrundelegung dieser Ansicht hätten die Vertreter der Meinung recht, wenn sie behaupten, § 106 VAG sei verfassungsgemäß, weil einem ausländischen VU das Grundrecht des Art. 12 GG nicht zustehe³⁾.

Hierbei muß zunächst erst einmal angezweifelt werden, ob das Bundesverfassungsgericht letztlich sagen wollte, eine Norm habe nur dann Eingriffscharakter, wenn die Ausübung grundrechtlich geschützter Tätigkeiten betroffen ist und daß nur in diesem

1) BVerfGE 20, 150 ff

2) Siehe hierzu die angeführten Beispiele S. 43
Fußn. 3 ; vgl. ferner Übersicht bei Geitmann, S. 143 f

3) Prölss, VAG § 106 Anm. 1

Fall die Grundsätze über die gesetzliche Bestimmtheit behördlichen Ermessens Anwendung finden. Diese Ansicht ist in keinem der erwähnten Urteile des Bundesverfassungsgerichts zu finden und wird auch nirgendwo in der Literatur vertreten. Angesichts der schwankenden dogmatischen Begründung, die zunächst sowohl den Rechtsanspruch auf Erteilung einer Genehmigung als auch die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des behördlichen Ermessens bisher aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet hatte, ist es zweifelhaft, ob ein derart kategorisches Urteil gefällt werden sollte. Weitere Zweifel ergeben sich aus der Besonderheit des entschiedenen Falles. Die Genehmigung im Sammlungsgesetz war nicht lediglich eine zur präventiven Kontrolle vorgesehene formelle Voraussetzung für die rechtmäßige Ausübung einer an sich nicht verbotenen Betätigung, sondern enthält der Sache nach die Aufhebung eines repressiven Verbots des objektiven Rechts. Daher ist anzunehmen, daß das Bundesverfassungsgericht nur sagen wollte, es sei unverhältnismäßig¹⁾, die Ausübung grundrechtlich abgesicherter Tätigkeiten zu verbieten und lediglich eine nach freiem Ermessen der Verwaltung auszuübende "Befreiungschance" zu gewähren. Daß die Ausübung von Grundrechten Voraussetzung für die verfassungsmäßigen Bestimmtheitsanforderungen und für die Charakterisierung einer Eingriffsnorm ist, wurde nicht gesagt. Das Bundesverfassungsgericht hat sich im "Sammlungsurteil"²⁾ nur gegen die Ansicht ausgesprochen, die Erteilung der begehrten Erlaubnis stelle eine Vergünstigung dar. Es wäre zumindest vertretbar anzunehmen, bereits der Gesetzgeber habe den Eingriff durch Einführung des

1) Rupp, NJW 1966, 2037/2040

2) BVerfGE 20, 150 f

Erlaubnisvorbehalts vorgenommen, so daß die behördliche Ermessensausübung nicht eine Entscheidung über einen Eingriff, sondern die Gewährung einer Vergünstigung zum Inhalt habe¹⁾. Beschränkt eine Zulassungsregelung einen grundsätzlich nicht geschützten Freiheitsbereich, so ändert sich an deren Eingriffsnatur nichts. Die Norm greift in einen Freiheitsbereich ein, nur daß dieser nicht durch die Grundrechte geschützt ist. Das muß jedenfalls dann gelten, wenn der Gesetzgeber die Ausübung der begehrten Tätigkeit nicht grundsätzlich verboten hat, sondern das präventive Verbot nur Kontrollzwecken dient.

Der Gedanke des Bundesverfassungsgerichts, der materielle Eingriff in die Rechtsposition des einzelnen liege darin, daß durch Versagung der begehrten Erlaubnis das Recht nicht ausgeübt werden könne, ist nicht neu und wurde keineswegs erstmalig im "Sammlungsurteil" erwähnt. Er ist bereits bei Otto Mayer²⁾ im Kapitel über die Polizeierlaubnis erwähnt. Dort heißt es: "Die Versagung der Erlaubnis bedeutet die Aufrechterhaltung des Verbots für den Einzelfall ... Daher ist dieser als ein Eingriff in die Freiheit der Untertanen anzusehen". Von einem Grundrechtsbezug war naturgemäß keine Rede.

Es ist ferner hervorzuheben, daß Otto Mayer den erwähnten Grundsatz sowohl auf ein präventives Verbot mit freiem Erlaubnisvorbehalt als auch auf ein solches mit gebundenem Erlaubnisvorbehalt angewendet wissen wollte³⁾.

1) Dagegen Müller, DÖV 1969, 122

2) Otto Mayer, Verwaltungsrecht § 22 S. 249/254

3) Otto Mayer a.a.O.

Unter der Herrschaft des Grundgesetzes kann sich diese Ansicht nicht geändert haben. Kann eine vom Gesetzgeber grundsätzlich nicht verbotene Betätigung aufgrund eines zur präventiven Kontrolle eingeführten Verbots nicht ausgeübt werden, so liegt darin ein tatsächlicher Eingriff in die Freiheitssphäre des einzelnen Antragstellers, mag diese grundrechtlich abgesichert sein oder nicht. In der neuen Literatur hat insbesondere Wolff¹⁾ den Eingriffscharakter eines präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt betont, ohne auf Grundrechte Bezug zu nehmen.

Abschließend sei noch erwähnt, daß nach einer Ansicht das gefundene Ergebnis auch dann zu rechtfertigen wäre, wenn die §§ 105, 106 VAG ein repressives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt enthielten. Verschiedentlich wird hier die Meinung vertreten, daß sich das freie Ermessen der Verwaltungsbehörde damit rechtfertigen ließe, daß hier über eine echte Begünstigung entschieden würde²⁾. Auf diese bestehe aus der Natur des repressiven Verbots kein Rechtsanspruch, und der begünstigende Verwaltungsakt muß nicht durch eine die tatbestandlichen Voraussetzungen festlegende gesetzliche Ermächtigung gedeckt sein. Nach Ansicht von Friauf³⁾ läßt sich auch mit dieser Begründung keine Ermessensfreiheit bei Erteilung der Ausnahmegenehmigung rechtfertigen, da es sich nur im formalen Sinne um eine Begünstigung handelt. Der Rechtskreis des einzelnen Betroffenen wird durch die Erlaubnis nicht erweitert, vielmehr wird lediglich eine zuvor in ausdrücklichem Zusammenhang mit dieser Erlaubnis verfügte Beschränkung zurückgenommen. Unter Zugrunde-

1) Wolff, Verwaltungsrecht, S. 354

2) So Müller, DÖV 1969, 126; vgl. zu dieser Auffassung Krüger, DÖV 1958, 673/675; Jesch, S. 175/205 m.w.N..

3) Friauf, JuS 62, 425

legung dieser Meinung wäre es im vorliegenden Falle sogar gleichgültig, ob die §§ 105, 106 VAG präventiven oder gar repressiven Charakter trügen.

- o) Das Verbot mit freiem Erlaubnisvorbehalt als rechtsstaatliches minus gegenüber einem völligen Verbot

Es bleibt noch zu erwägen, daß der Gesetzgeber die Inlandstätigkeit ausländischer VU - wie schon erwähnt - auch hätte völlig verbieten können, die Zulassung nach freiem Ermessen bedeute ein bloßes minus gegenüber dem völligen Verbot und könne somit unbedenklich von der Verwaltung angewendet werden¹⁾. Diesen Standpunkt vertrat das Preußische OVG und ihm folgend Drews-Wacke für den polizeirechtlichen freien Erlaubnisvorbehalt²⁾. Diese Betrachtungsweise dürfte unter dem Rechtsstaatsprinzip, wie es unter der Herrschaft des Grundgesetzes mit dem Prinzip der Durchschaubarkeit und Justiziabilität verwaltungsbehördlichen Handelns und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anzusehen ist, überholt sein. Sie kann schon deshalb nicht durchgreifen, weil der Gesetzgeber im vorliegenden Falle durch den Erlaubnisvorbehalt zu erkennen gegeben hat, daß die von ihm verfolgten Zwecke ein völliges Verbot nicht rechtfertigen, zumindest nicht erfordern. Dieser Gedanke, den Friauf³⁾ für die Zulässigkeit eines repressiven Verbots aufgestellt hat, muß auch für ein präventives Verbot mit freiem Erlaubnisvorbehalt gelten. Denn die Auswirkungen auf den Betroffenen sind in beiden Fällen gleich:

1) Die gleichen Erwägungen wurden schon eingangs (S. 48) bei der Frage angestellt, ob die Verwaltung gegenüber Ausländern ohne gesetzliche Ermächtigung tätig werden darf.

2) ProVG RVBl. 1941, 56/57; Drews-Wacke, S. 313; vgl. auch ProVG 32, 345/351

3) Friauf, JuS 1962, 426; vgl. auch Geitmann, S.

Da kein Rechtsanspruch auf Erteilung der begehrten Erlaubnis besteht, wirkt das präventive Verbot mit freiem Erlaubnisvorbehalt ähnlich wie ein repressives Verbot: Obwohl ersteres vom Gesetzgeber nur zu Kontrollzwecken eingeführt worden ist, wird es für den einzelnen wegen des freien behördlichen Ermessens zu einer Schranke, die sich in ihrer Wirkung von einem repressiven Verbot in keiner Weise unterscheidet.

d) Ergebnis

Da die in §§ 105, 106 VAG statuierte Erlaubnisregelung Eingriffscharakter hat, kommen die Anforderungen, die das Rechtsstaatsprinzip an ein eingreifendes Gesetz stellt, zur Anwendung. § 106 VAG wäre also nur dann als verfassungsmäßig anzusehen, wenn das dem BWM eingeräumte Ermessen bei der Zulassung entweder tatbestandlich fixiert oder wenigstens durch die eindeutig erkennbaren Ziele der Regelung inhaltlich eingegrenzt ist. Daß die erste Voraussetzung nicht gegeben ist, ist evident, da § 106 VAG nur die Minimal-Zulassungsvoraussetzungen enumerativ aufzählt. Eine tatbestandliche Fixierung des "freien" Ermessens ergibt sich weder aus § 106 noch aus § 8 VAG, auf den verwiesen ist. § 106 VAG verstößt daher gegen das Rechtsstaatsprinzip und ist somit verfassungswidrig. Es bleibt allerdings noch die Möglichkeit, im Wege der "verfassungskonformen Auslegung" das freie Ermessen anhand der eindeutig erkennbaren Ziele der Zulassungsregelung inhaltlich einzugrenzen, so daß § 106 VAG rechtsstaatlichen Anforderungen genügt.

V. Die inhaltliche Eingrenzung des freien Ermessens durch "verfassungskonforme" Auslegung

1. Darstellung der Problematik

Wurde vorstehend festgestellt, daß verwaltungsbehördliches freies Ermessen nicht nur dann verfassungswidrig ist, wenn grundrechtlich geschützte Betätigungen ausgeübt werden, so hat damit das überkommene präventive Verbot mit freiem Erlaubnisvorbehalt im heutigen Verwaltungsrecht keinen Platz mehr¹⁾. Der unzulässige freie Erlaubnisvorbehalt muß daher im Wege verfassungskonformer Auslegung auf einen gebundenen zurückgeführt werden²⁾, sofern eine solche Auslegung möglich ist. So muß - wie schon erwähnt - das freie Ermessen anhand der eindeutig erkennbaren Ziele der Regelung inhaltlich eingegrenzt werden³⁾.

2. Die Theorien vom Zweck der Versicherungsaufsicht

a) Die Gesamtkonzeption des Versicherungsaufsichtsgesetzes

§ 106 Abs.2 Nr. 1 VAG bestimmt, daß ein ausländisches VU nicht zugelassen werden darf, wenn ein Versagungsgrund nach § 8 VAG vorliegt. Insoweit jedenfalls sind die Vorschriften, die die Zulassung inländischer Unternehmen regeln, auch

1) So Friauf, JuS 62, 425, der diese Folge aber einschränkenderweise nur eintreten lassen will, wenn Grundrechte betroffen sind.

2) Friauf a.a.O.

3) BVerfGE 8, 274; 8, 326; 18, 363

hier anzuwenden. Da § 8 VAG ebenfalls generalklauselartige Bestimmungen enthält¹⁾, ist deshalb einheitlich zu ermitteln, welche Ziele die Zulassungsvorschriften des VAG überhaupt verfolgen, sodann darüber hinaus die besonderen Ziele zu bestimmen, die das Zulassungsverfahren bei ausländischen VU verfolgt.

Unternimmt man den Versuch einer Analyse des VAG, so gerät man damit zwangsnotwendig in den Streit der Theorien um die Konzeption des Versicherungsaufsichtsgesetzes, wovon ein wesentlicher Teil das Zulassungsverfahren regelt. Es ist besonders mißlich, daß dem Versicherungsaufsichtsgesetz keine einheitliche Konzeption aus dem Wortlaut der Bestimmungen entnommen werden kann, so daß die Zweck- und damit die Zielsetzung nicht unmittelbar zutage treten. An bisher vertretenen Theorien seien genannt: die Gefahrentheorie, die Schutztheorie, die Strukturtheorie, ferner die ethische und die soziale Theorie.

α) Die Gefahrentheorie

Die Gefahrentheorie berücksichtigt die von außen kommenden Gefahren²⁾ und hat die "polizeiliche" Gefahrenabwehr zum Inhalt³⁾. Als Legal-

1) So, wenn "die Belange der Versicherten nicht ausreichend gewahrt sind" (§ 8 Abs. 1 Nr. 2); ebenso innerhalb der für Ausländer noch zulässigen Bedürfnisprüfung (§ 8 Abs. 1 Nr. 3) "die Erlaubnis unter Berücksichtigung der örtlichen und gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisse nicht gerechtfertigt erscheint".

2) Kraus, S.30

3) Stein, S.10 m.w.N.

definition umschreibt § 14 PrPVG 1931 den in Deutschland einheitlichen Polizeibegriff von der Funktion her. Polizeiliche Tätigkeit besteht demzufolge darin, "von der Allgemeinheit oder dem einzelnen Gefahren abzuwehren, durch die die öffentliche Sicherheit bedroht wird". So heißt es in der Gesetzesbegründung zum VAG von 1901, daß die Gefahr und das Vorkommen des Gründungsschwindels in jenen Gebieten des Deutschen Bundes am größten war, in denen völlige Aufsichtsfreiheit herrschte¹⁾. Die Gefahrentheorie kann jedoch Zweck und Ziel der Versicherungsaufsicht nicht umfassend darstellen. Obwohl auch bei der Schaffung des VAG 1901 an rein polizeiliche Eingriffe gemäß der Gefahrentheorie gedacht wurde, ging dennoch schon damals die Zielsetzung im Sinne einer Präventivkontrolle weit darüber hinaus²⁾.

B) Die Schutztheorie

Diese Theorie der Versicherungsaufsicht geht weiter als die Gefahrentheorie. Ihr Ziel ist der Schutz der Interessen der Versicherungsnehmer. Dies soll durch Überwachung der versicherungstechnischen und finanziellen Gebarung erreicht werden. Die Schutztheorie rechtfertigt bereits aktive vorbeugende Eingriffe der Aufsichtsbehörden zur Abwehr von erkennbar bevorstehenden, aber auch abstrakt vorhandenen Gefahren, d.h. sie ermöglicht ein "Sich-Einsetzen" für die Interessen der Versicherungsnehmer³⁾.

1) Entw. zum VAG 1901, Drucks. Nr. 5 S.30

2) Kraus, S.30

3) Kraus, S.31

Die Schwierigkeit, die nach Kraus¹⁾ bei der Rechtfertigung der Schutztheorie auftritt, ist die Ausfüllung der Lücken, die sich bei der Aufsicht nach dem VAG ergeben. So können nach dieser Theorie Allgemeininteressen schwer geschützt werden²⁾, da diese auf individualistische Ansprüche ausgerichtet ist³⁾.

γ) Die Strukturtheorie

Die Strukturtheorie beschäftigt sich weniger mit den Gefahren, die dem Versicherungswesen von außen drohen, sondern mehr mit den Problemen der Versicherungstechnik. Nach dieser Theorie ist das Hauptanliegen der Versicherungsaufsicht die Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Versicherungsunternehmen⁴⁾. Nach den Veröffentlichungen des BAA läßt sich diese Behörde bei ihren Eingriffsmaßnahmen von der Strukturtheorie leiten⁵⁾. Auch weist die Begründung zum VAG auf die Strukturtheorie hin, wenn dort von "der Notwendigkeit des Vertrauens zur Unternehmung, vom Problem der Durchsichtigkeit der Rechnungslegung für den einzelnen Versicherten" und "von der Schädigung des Wirtschaftszweiges bei Unregelmäßigkeiten gesprochen wird⁶⁾. Nach Starke⁷⁾

1) Kraus a.a.O.

2) Kraus a.a.O. (Fn. 74) führt als Beispiel § 81a VAG an. Die danach zulässigen Eingriffe können für den einzelnen Versicherungsnehmer auch zu ungünstigen Änderungen im Versicherungsvertragsverhältnis im Interesse der Gesamtheit der Versicherten führen.

3) Starke in "50 Jahre nat. Versicherungsaufsicht", Bd. 3 S.61; Stein, S. 10 f

4) Starke a.a.O., S.68

5) VerBAV 1955, 102; Vw 1958, S.549 ff

6) Drucksache Nr. 5 S.35 ff

7) Starke a.a.O., S.65 ff

handelt es sich bei der Versicherungsaufsicht um einen Akt der Fürsorge des Staates und für ein möglichst gutes Funktionieren des Versicherungswesens.

Jedoch ist auch diese Theorie nicht unangefochten. Nach R. Schmidt¹⁾ nimmt die Strukturtheorie ihren Maßstab lediglich aus der Sache selbst und gerät damit in die Gefahr eines von der Logik her nicht unbedenklichen "circulus vitiosus". Außerdem lasse sich mit dieser Theorie, wie Stein²⁾ betont, keine Abgrenzung der Staatsaufsicht von der Staatslenkung finden³⁾.

6) Andere Theorien

Die Begründung zum VAG weist ferner noch auf die ethische und familienpolitische Bedeutung des Versicherungsgedankens und demzufolge auf das aus diesen Gründen vorhandene Staatsinteresse an einem geordneten Versicherungswesen hin⁴⁾. Bei der sozialen Theorie treten neben die Gefahrenabwehr "Elemente einer positiven Sorge um ein ordnungsgemäßes Funktionieren des Versicherungswesens"⁵⁾. Diese Theorie stellt die Sozialgestaltung in den Vordergrund.

Da es nicht Aufgabe dieser Arbeit ist, zu den einzelnen Theorien Stellung zu nehmen, kann dieser

1) Versicherungsaufsichtsrecht, Bd. 1 S.7 f

2) Stein, S. 14

3) Dgl. Autor entwickelte daher eine eigene "Funktionsschutztheorie". Danach beschränken sich die Aufsichtsbehörden auf den Schutz der Funktionen der VU (Aufsicht). Sobald allerdings eine Behörde die Funktion primär selbst ausübt, handelt es sich um Staatslenkung (S.15 a.a.O.).

4) Drucksache Nr. 5 S.35

5) Weber, HSW Bd. 11 S. 206

kurze Überblick natürlich keinen Anspruch auf Vollständigkeit haben. Für eine Betrachtung der Verfassungsmäßigkeit des § 106 VAG sind sie nur deshalb von Interesse, weil das freie Ermessen der Norm durch die eindeutig erkennbaren Ziele der Regelung inhaltlich eingegrenzt werden muß. Anhand des im VAG enthaltenen Konglomerates verschiedenartiger Theorien der Versicherungsaufsicht ist man leicht versucht zu sagen, daß dem VAG überhaupt keine eindeutig erkennbare Zielsetzung zugrunde liegt¹⁾. Jedoch ist der herrschenden Schutztheorie insoweit recht zu geben, als sie die Konzeption des VAG annähernd umschreibt. Der danach zugrunde liegende Zweck des VAG, durch die Aufsichtsbehörden die Belange der Versicherten zu wahren und die Erfüllungbarkeit der Versicherungsverträge zu sichern, kommt in verschiedenen Vorschriften teils einzeln, teils selbständig nebeneinander angeführt im Wortlaut vor²⁾.

Fraglich bleibt jedoch, ob diese Theorie das VAG umfassend repräsentiert, wenn man der herrschenden Ansicht folgt. Das ist deshalb zweifelhaft, weil noch ermittelt werden müßte, ob die herrschende Schutztheorie auch zur Auslegung der Zulassungsvorschriften für ausländische VU Anwendung findet. Außerdem hat sich die Zielsetzung verschiedener Normen des VAG gewandelt, ohne daß es notwendig war, diese selbst zu ändern.

1) Eine nähere Zusammenstellung der Ansichten findet sich bei Starke, 50 Jahre mat. Versicherungsaufsicht, Bd. 3 S.58 ff

2) §§ 5, 8, 81, 81a, 84, 89 VAG

b) Die Änderung von Normzielen anhand des Beispiels der Bedürfnisprüfung

Die Tatsache der Änderung von Normzielen ohne Änderung des Wortlautes der Vorschrift sei am Beispiel der Bedürfnisprüfung aufgezeigt. Diese wurde durch § 8 VAG 1937 eingeführt. Sie war von Anfang an sowohl als wirtschaftslenkendes als auch als allgemein-politisches Regulativ gedacht¹⁾.

Da man seinerzeit den Bestand an VU für übermäßig groß hielt, sollte einer allgemeinen Regel zufolge das Bedürfnis nach Neuzulassung verneint werden. Auch diente die Bedürfnisprüfung über den engeren Bereich versicherungswirtschaftlicher Überlegungen hinaus zur Erreichung allgemeiner wirtschaftspolitischer Ziele. Andererseits sollte ein Bedürfnis für die Errichtung konfessionell oder berufsständisch gebundener VU nicht anerkannt werden, weil solche Vorhaben zur Absonderung einzelner Bevölkerungsteile und angeblich zur Zerstörung der Volksgemeinschaft beitrugen²⁾.

Nach 1945 wandte man die Bedürfnisprüfung gleichfalls als Instrument staatlicher Wirtschaftslenkung an, um einer Übersetzung zu begegnen und das beschränkt vorhandene Kapital in den volkswirtschaftlich günstigsten Bereich zu lenken³⁾.

Ferner war man der Ansicht, daß bei freiem Zugang zum Versicherungsmarkt der Konkurrenzkampf

1) Schmidt, Bedürfnisprüfung, S.216; Finke-Pfeiffer, S.117; Fromm, Anm. 5 a zu § 8; Peters, S.896; Prölss, Anm. 14 zu § 8; Dölle/Reichert-Facilides, S.9

2) Schmidt a.a.O.

3) Finke-Pfeiffer, S. 119 f; Schmidt a.a.O.; VerBAV, Geschäftsbericht 1952/53 S.25

verschärft und die Wettbewerbsteilnehmer sich zu unlauterem Geschäftsgebaren veranlaßt sähen¹⁾. Seit 1953 verstand die Verwaltungspraxis die Bedürfnisprüfung nur noch als Schutzmaßnahme zugunsten der Versicherungsnehmer, um dann völlig von ihrer Anwendung abzusehen²⁾. Unter dem Einfluß der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wird die Bedürfnisprüfung nach herrschender Meinung als verfassungswidrig angesehen, sofern sie die Zulassung inländischer VU regelt. Ob damit endgültig der Stab über die Bedürfnisprüfung im VAG gebrochen ist, bleibt zweifelhaft. Wie schon erwähnt, sind auch unter der Herrschaft des Art. 12 GG objektive Zulassungsgeschränken zum Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes zulässig. Bei einem ruinösen Wettbewerb könnte die Bedürfnisprüfung als Regulatorisch wieder rechtmäßig werden. Es ergibt sich also der interessante Sachverhalt, daß man ein verfassungswidriges Normteil beibehält, eventuell sogar mit der Erwägung, daß es eines Tages wieder verfassungsmäßig werden könnte³⁾!

c) Die Konzeption der Zulassungsvorschriften
für ausländische VU

Es mag allerdings zuzugeben sein, daß die Bedürfnisprüfung für das VAG atypisch ist und man deren Zweck und Zieländerung nicht auch bei anderen Vorschriften finden könne. Jedoch rückt der Versuch,

- 1) Fromm-Goldberg, Anm. 6 V zu § 8; Peters u. Schmidt, jeweils a.a.O.
- 2) BVerwG VerBAV 1963, S.231; vgl. auch Vw 1953, S.134, 166; ferner zur Unzulässigkeit der Bedürfnisprüfung Finke-Pfeiffer, S.121; Bischoff-Feldmann, S.87; Werner Weber, ZVersWiss 1968, 259
- 3) Zu diesem Aspekt vgl. Reuß, NJW 1951, 777; Neugebauer, ZfV 52, 422, 454; Bischoff, VA 50, 175; Eberhard, VersR 1953, 10. Gegen eine "gefahrenabwehrende" Bedürfnisprüfung Prölss^o § 8 Anm.14

eine Ermessensbegrenzung anhand der eindeutig erkennbaren Ziele des Gesetzes zu ermitteln, bei der Zulassung ausländischer VU in den Bereich des Unmöglichen.

Wessels betont zwar, daß es hinsichtlich der Konzeption des VAG keinen Unterschied zwischen der Zulassung inländischer und der ausländischer VU gebe. Als Anhänger der herrschenden Schutztheorie führt er aus:¹⁾

"Abschnitt VI des VAG über ausländische VU bringt keine Abweichungen von dem dargelegten Grundgedanken (der Schutztheorie). Die Vorschriften regeln nur die Besonderheiten des internationalen Aufsichtsrechts, sichern in erster Linie die Verfolgbarkeit und Realisierbarkeit der Versicherungsansprüche innerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzes. Die Konzeption des geltenden Versicherungsaufsichtsrechts wird demnach durch die Schutztheorie zutreffend und erschöpfend wiedergegeben."

Dagegen spricht jedoch schon die Tatsache, daß nicht das BAA, sondern der BMW Zulassungsbehörde für ausländische VU ist, nachdem diese Funktion auch vor 1945 der Reichswirtschaftsminister innehatte. Gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 VAG hat sich das BAA nur über das Vorliegen von Versagungsgründen nach § 8 VAG gutachtlich zu äußern. Die Kompetenzübertragung auf den BMW beweist, daß bei der Zulassung ausländischer VU nicht nur versicherungsspezifischen, sondern auch außen- und außenwirtschaftspolitischen Gegebenheiten Rechnung getragen werden soll²⁾. Der Vorschrift des § 106 VAG und überhaupt den gesamten

1) Wessels, S.52/53

2) Finke-Pfeiffer, S.122 in 50 Jahre mat.Versicherungsaufsicht, Bd. 1: "Ab Mitte 1951 ist der alte Zustand wiederhergestellt, wonach der BMW einheitlich, unter Beachtung ... handelspolitischer Gesichtspunkte über die Zulassung ausländischer VU entscheidet!"

Vorschriften des VI. Abschnitts ist nicht einmal zu entnehmen, daß nur handelspolitische Gesichtspunkte bei der Zulassung zugrunde gelegt werden. Gemäß § 111 Abs. 2 VAG ist auch der Widerruf der Erlaubnis nach freiem Ermessen möglich. Es kann daher auch angenommen werden, daß freie Zulassung und Widerruf des BWM als außenpolitisches Druckmittel angewendet werden könnten. Es ergibt sich nicht aus dem Gesetz, daß es unmöglich wäre, die Zulassung eines VU zu versagen, weil die Bundesrepublik mit dem Heimatstaat keine handelspolitischen Kontakte pflegen will oder weil deren Verfassung nicht freiheitlich-demokratischen Grundsätzen entspricht. Weitere Beispiele lassen sich unschwer finden. Jedenfalls könnte die Ablehnung der Zulassung kaum mit der Begründung der Ermessensfehlerhaftigkeit angegriffen werden. Wie sollte beispielsweise bei einer weiten Regelung wie der des § 106 Abs. 2 Nr. 3 1.Satz VAG eine Ermessensüberschreitung begründet werden?

Bei den Wechselfällen im Bereich der Außen- und Außenwirtschaftspolitik können durchaus politische Erwägungen bei der Zulassung ausländischer VU den Ausschlag geben. Aus politischen Gründen wäre es durchaus denkbar, daß ein Antrag aus den erwähnten Gründen zurückgewiesen wird. Mithin kann von der Konzeption der Vorschriften über ausländische VU nicht gesagt werden, daß "in erster Linie"¹⁾ die Verfolgbarkeit und Realisierbarkeit der Versicherungsansprüche gesichert werden sollen. Vielmehr kann sowohl ein politisches als auch ein versicherungsspezifisches Moment den Ausschlag geben, wobei es auf den jeweiligen Einzelfall ankommt.

1) wie die Vertreter der herrschenden "Schutztheorie" betonen.
Bühner, Versicherungsaufsichtsrecht, S. 11

Die Schwierigkeiten hinsichtlich der Erkennbarkeit der Ziele der Zulassungsvorschriften ausländischer VU ergeben sich auch daraus, daß sich diese im Laufe der Zeit ebenfalls gewandelt haben, ohne daß der Gesetzgeber die Vorschriften der §§ 105, 106 VAG zu ändern brauchte. Büchner¹⁾ betont in seiner Monographie die außenpolitischen Ziele der Zulassungsvorschriften:

(Der Reichswirtschaftsminister) entscheidet, daß es sich hierbei um eine in das Gebiet der allgemeinen Handelspolitik eingreifende Frage handelt. Für die Entscheidung wird es insbesondere eine Rolle spielen, wie die deutschen Versicherer in dem betreffenden Staate behandelt werden. Die besondere Akzentuierung der außenpolitischen Ziele der Zulassungsvorschriften wird klar, wenn man bedenkt, daß die Arbeit aus nationalsozialistischer Zeit stammt. Der Autor bringt das auch klar zum Ausdruck, wenn er schreibt:²⁾

"Für das deutsche Auslandsgeschäft kommt hinzu, daß es durch den im Versailler Diktat sanktionierten ebenso unfairen wie brutalen Schlag gegen das deutsche Privateigentum im Ausland ... durch den mit der sogen. "Reparationspolitik" zusammenhängenden Währungsverfall vernichtet ... wurde."

Welche Wandelung in der Betrachtungsweise seit-her eingetreten ist, zeigt das Gutachten von Dölle/Reichert-Facilides³⁾. Dort wird ausgeführt⁴⁾:

"Die §§ 105 ff VAG selbst machen unmißverständlich deutlich, daß das Problem der Inlandstätigkeit von

1) Büchner, Versicherungsaufsichtsrecht, S. 58

2) Büchner a.a.O.

3) Dölle/Reichert-Facilides, ZVersWiss 1966, 1 ff

4) a.a.O. S.8

Auslandsversicherern aufsichtsrechtlich in erster Linie unter dem Gesichtspunkt: Schutz des deutschen Versicherungspublikums zu sehen ist, und nicht unter dem der Gegenseitigkeitsgewähr. Denn sonst wäre nicht verständlich, daß Versicherungsgeschäfte in aufsichtsfreien Versicherungszweigen, also in jenen, in welchen der Schutzgedanke nicht eingreift, auch für Auslandsversicherer keinerlei Beschränkung unterliegen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob im konkreten Falle die Gegenseitigkeit gewährleistet ist oder nicht."

Es sei an dieser Stelle noch einmal ausdrücklich darauf hingewiesen, daß die §§ 105, 106 VAG in der Zwischenzeit nicht geändert worden sind, es sich vielmehr noch um die gleichen Vorschriften wie aus dem Jahre 1938 handelt.

Interessant ist noch zu erwähnen, daß Finke-Pfeiffer¹⁾ das Prinzip der Gegenseitigkeitsgewähr dem freien Ermessen des § 8 Abs.2 Nr. 3 1. Satz VAG entnehmen wollen. Dölle/Reichert-Facilides hingegen meinen²⁾, die Gegenseitigkeitsgewähr ergebe sich aus der Bedürfnisprüfung des § 8 Abs.1 Nr. 3 VAG (Berücksichtigung der örtlichen und gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisse)³⁾.

Der Gesetzeswortlaut spricht dafür, daß der Begriff "gesamtwirtschaftliche Bedürfnisse" auf die Gegenseitigkeitsgewähr abzielt. Dann wäre anzunehmen, daß die Frage der Gegenseitigkeitsgewähr aus dem Zielbereich des in § 106 Abs. 2 Nr. 3 1. Satz

1) Finke-Pfeiffer in 50 Jahre mat. Versicherungs-
aufsicht, S.122

2) ZVersWiss 1966, 16

3) Wie erwähnt, findet § 8 VAG über § 106 Abs.2
Nr. 1 VAG Anwendung; die Bedürfnisprüfung ist
ja nur für deutsche VU durch Art. 12 GG unzu-
lässig geworden.

konstituierten freien Ermessens ausgeklammert sein soll, denn der Gesetzgeber wird vermutlich keine Frage doppelt regeln. Allerdings kann diese Annahme nicht erhärtet werden, da angesichts des unbegrenzten freien Ermessens alle Auslegungsversuche versagen.

Auf jeden Fall kann aber nach dem Vorstehenden gesagt werden, daß die Ziele der Zulassungsvorschriften für ausländische VU nicht, wie das Bundesverfassungsgericht es verlangt, eindeutig erkennbar sind. Das Ergebnis ändert sich keineswegs, wenn man die herrschende Meinung zugrunde legt, die Schutztheorie stelle die Konzeption des Versicherungsaufsichtsrechts einschließlich der Vorschriften über die Zulassung ausländischer VU umfassend dar¹⁾. Diese Meinung negiert ja keineswegs die Möglichkeit, daß politische Erwägungen den Ausschlag bei der Versagung der Genehmigung geben können, ihre Vertreter sprechen vielmehr nur davon, daß der Schutzgedanke "in erster Linie" bei der Ermessensausübung Anwendung finde²⁾. Auch unter Zugrundelegung dieser Ansicht ist mithin politischen Erwägungen Rechnung zu tragen. Wäre es unter Zugrundelegung des Schutzgedankens noch möglich, eine Ermessensbegrenzung vorzunehmen, so wird dieses im politischen Bereich des Gesetzes unmöglich. Zwar kann gesagt werden, daß ein Ermessen des BVM insoweit zulässig ist, als durch seine Maßnahmen das deutsche Versicherungspublikum geschützt werden soll. Wieweit jedoch die politische Zielsetzung der Zulassungsvorschriften reicht, ist nicht zu ermitteln. Da diese mithin unbegrenzt ist, wäre im Bereich der Ausübung des freien Ermessens jede nicht willkürliche Begründung geeignet, einem antragstellenden ausländischen VU die Erlaubnis zu versagen.

1) wie z.B. Wessels, S. 52 annimmt.

2) Wessels a.a.O.

3. Ergebnis

Mangels eindeutig erkennbarer Ziele im politischen Bereich der Norm kann das in § 106 Abs. 2 Nr. 3 1. Satz VAG statuierte freie Ermessen nicht auf ein gebundenes Ermessen im Wege der verfassungskonformen Auslegung reduziert werden.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß die Vorschrift des § 106 VAG insoweit gegen das Rechtsstaatsprinzip verstößt, als sie der Zulassungsbehörde hinsichtlich der Erteilung der Erlaubnis unbeschränktes Ermessen einräumt.

B. Die Verfassungswidrigkeit wegen Fehlens eines Rechtsanspruches auf Zulassung

I. Darstellung der Problematik

Es wird im folgenden zu prüfen sein, ob § 106 VAG nicht auch deshalb verfassungswidrig ist, weil diese Norm dem ausländischen VU keinen Rechtsanspruch auf Zulassung zum Inlandsgeschäft gewährt. Auch hier scheint die von der allgemeinen Meinung¹⁾ vertretene Begründung zur Verfassungsmäßigkeit der Logik nicht zu entbehren: Es habe im Willen des damaligen Gesetzgebers gelegen, dem ausländischen VU keinen Rechtsanspruch auf Zulassung zu gewähren. Das sei verfassungsgemäß, weil Art. 12 GG ein Deutschenrecht sei und der Gesetzgeber den Ausländer so behandeln könne, als wenn dieses Grundrecht nicht bestünde²⁾. Damit ist aber nur gesagt, daß ein Gesetz verfassungsgemäß wäre, das das Inlandsgeschäft ausländischer VU verbietet. Der

1) Stellvertretend Prölss⁶ § 106 Anm. 1; Vassel, Einflußnahme des Staates auf AVB, S. 18

2) Vgl. Schiedermaier, S. 43

Gesetzgeber hätte etwa eine Norm folgenden Inhalts erlassen können: "Ausländische Versicherungstätigkeit im Inland ist verboten". Eventuell hätte er einem solchen repressiven Verbot einen Erlaubnisvorbehalt folgen lassen können:

"Ausländische Versicherungsunternehmen können ausnahmsweise zugelassen werden. Ein Ausnahmefall ist gegeben, wenn ..."

Gegen eine solche Regelung wäre nichts einzuwenden. Fraglich ist jedoch, ob Gleiches gelten kann, wenn der Gesetzgeber ein lediglich zur präventiven Kontrolle dienendes Verbot eingeführt hat. In diesem Falle wäre es möglich, daß ein Anspruch auf die begehrte Erlaubnis begründet sein muß, wenn die Kontrolle zu dem Ergebnis geführt hat, daß ein gesetzlich vorgesehener Versagungsgrund nicht vorhanden ist. Mit anderen Worten: es ist zu untersuchen, ob einem präventiven Verbot nicht schon ein Anspruch auf Zulassung immanent ist. Daß das nach überkommenem Verwaltungsrecht nicht der Fall sein soll, zeigt die Rechtsfigur des präventiven Verbots mit (freiem) Erlaubnisvorbehalt.

II. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Erfordernis eines Rechtsanspruches auf Zulassung

Wie oben erwähnt, hat das Bundesverfassungsgericht eine Zulassungsregelung für verfassungswidrig gehalten, wenn weder das behördliche Ermessen inhaltlich genügend eingegrenzt war noch ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis gegeben war. Beide Erfordernisse leitete das Gericht ursprünglich aus dem Rechtsstaatsprinzip her¹⁾. Auch hier

1) BVerfGE 8, 76

hat das erwähnte "Sammlungsurteil"¹⁾ zu einer Akzentverschiebung geführt: In den Urteilsgründen ist kein Satz des Inhalts zu finden, daß das Rechtsstaatsprinzip die Gewährung eines Rechtsanspruches verlange. Vielmehr betont das Bundesverfassungsgericht, daß sich bei Ausübung grundrechtlicher Befugnisse die Voraussetzungen für Erteilung oder Versagung der Zulassung aus der Rechtsvorschrift selbst ergeben.

Wie Müller²⁾ ausführt, beruht dieser Rechtsanspruch auf einem am Übermaßverbot orientierten grundrechtskonformen Verständnis des Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt. Es besagt, daß die öffentlichen Belange keine über die präventive Prüfung hinausgehende Einschränkung der Grundrechte rechtfertigen, wenn sich eine Beeinträchtigung der öffentlichen Interessen durch das beabsichtigte Verhalten nicht feststellen läßt. Die Nichterteilung der Erlaubnis stellt in diesem Falle einen übermäßigen Eingriff in das jeweilige Grundrecht dar. Damit ist festzustellen, daß jedenfalls im Bereich der Ausübung grundrechtlich geschützter Tätigkeiten einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ein Rechtsanspruch auf Erlaubnis immanent ist. Damit stehen wir mit der Untersuchung jedoch wieder am gleichen Ausgangspunkt wie bei der Frage der fehlenden gesetzlichen Ermessensbegrenzung:

Gelten die erwähnten Grundsätze nur für den Bereich der Ausübung grundrechtlich geschützter Tätigkeiten, so ist § 106 VAG nicht deshalb verfassungswidrig, weil er dem antragstellenden ausländischen VU keinen Rechtsanspruch auf Zulassung gewährt. Muß aber auch außerhalb des Grundrechtsbereichs einem präventiven Verbot ein Rechtsan-

1) BVerfGE 20, 155

2) Müller, DfV 1969, 120 ff

spruch auf Zulassung folgen, so wäre § 106 VAG auch wegen Fehlens eines Rechtsanspruches verfassungswidrig.

III. Die Ermittlung der Verfassungswidrigkeit aus dem Rechtsstaatsprinzip

Nach den bisherigen Erörterungen bietet es sich an, den Versuch zu unternehmen, den Rechtsanspruch auf Zulassung gleichfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip herzuleiten. Damit wäre einem die Erlaubnis begehrenden ausländischen VU geholfen, da das Rechtsstaatsprinzip keinen deutschenrechtlichen Charakter hat.

Auszugehen ist von der Tatsache, daß zu den Grundsätzen des Rechtsstaates die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gehört. Bei der Aufstellung des Erfordernisses, daß die Tatbestände, unter denen eine Behörde eine Erlaubnis zu erteilen oder zu versagen hat, normiert sein und die Grenzen des Ermessens abgesteckt sein müssen, hat das Bundesverfassungsgericht keinen Bezug auf grundrechtlich geschützte Tätigkeiten genommen. Sinn dieser Erfordernisse ist die "Gesetzestransparenz", das heißt, Zweck und Zielsetzung der Norm sollen sichtbar gemacht werden, damit die Gerichte etwaige Ermessensfehler erkennen können und eine umfassende Justiziabilität gewährleistet ist. Denn der Gesetzesvorbehalt erfordert, daß nur die verwaltungsbehördlichen Maßnahmen als rechtmäßig anzusehen sind, die von der erwähnten Zweck- und Zielsetzung des Gesetzes gedeckt sind. Auch ein im Gesetz enthaltenes präventives Verbot dient nur der Verwirklichung dieser Zweck- und Zielsetzung. Enthält das Verbot einen Erlaubnisvorbehalt mit freiem Ermessen, so kann ein Antragsteller nur aus Gründen abgewiesen werden, die mit dem Gesetzeszweck in Einklang ge-

bracht werden können. Denn verwaltungsbehördliches Ermessen ist, wie schon gesagt, Rechtsanwendung und nicht rechtsfreie Entscheidung und muß in strenger Bindung an die Ziele des Gesetzes angewendet werden.

Steht daher die Ausübung der begehrten Tätigkeit dem Zweck des gesetzlichen (präventiven) Verbots nicht entgegen, so ist jede weitere Ablehnung wegen Ermessensüberschreitung ermessensfehlerhaft, weil damit das verwaltungsbehördliche Ermessen nicht mehr vom Normzweck gedeckt ist. Insoweit ist das verwaltungsbehördliche Ermessen "auf Null reduziert", ohne daß es, wie in den von Müller¹⁾ erwähnten Fällen, notwendig ist, daß das präventive Verbot die Ausübung grundrechtlich geschützter Tätigkeiten sperrt. Die Frage nach dem Erfordernis eines Rechtsanspruchs bei einem präventiven Verbot mit freiem Erlaubnisvorbehalt ist daher kein spezifisch grundrechtliches Problem. Die Notwendigkeit der Gewährung eines Rechtsanspruches ergibt sich vielmehr allein aus der Zweck- und Zielsetzung des präventiven Verbots, verbunden mit dem Erfordernis der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Stehen Zweck und Zielsetzung der Verbotsnorm der Erlaubnis nicht entgegen, so ist für verwaltungsbehördliches Ermessen kein Raum mehr, und die begehrte Erlaubnis ist zu erteilen. Daß das Bundesverfassungsgericht im "Sammlungsurteil" den Akzent auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Tätigkeiten gelegt hat, ist verwirrend, da unnötigerweise das Augenmerk auf die Grundrechte gelenkt wird, obwohl es sich um keine spezifisch grundrechtliche Problematik handelt. Offenbar hat das Gericht wie in ständiger Praxis keine allgemeingültigen Aussagen treffen wollen, sondern, wie schon erwähnt, einen speziellen

1) Müller, DÖV 1969, 120 ff

Fall entscheiden wollen. Das Abhalten von Sammlungen ist eine Tätigkeit, die in den Schutzbereich des Art. 2 Abs.1 GG fällt, und das Gericht hat die Problematik unter dem Aspekt dieses Grundrechtes gelöst. Konsequenter wäre es gewesen, wenn das Bundesverfassungsgericht den Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis nach wie vor auf das Rechtsstaatsprinzip gestützt hätte und die "Grundrechtswidrigkeit" eventuell als zusätzliche Begründung angeführt hätte.

IV. Ergebnis

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß § 106 VAG verfassungswidrig ist, weil weder das Handlungsermessen der Norm inhaltlich eingegrenzt ist noch dem antragstellenden ausländischen VU ein Rechtsanspruch auf Zulassung eingeräumt ist.

C. Möglichkeit einer Heilung der Verfassungswidrigkeit durch verfassungskonforme Rechtsfortbildung

I. Die ähnliche Regelung des § 12 GewO

Fraglich ist allerdings, ob mit dem gefundenen Ergebnis des Mißlingens einer verfassungskonformen Auslegung die Vorschrift des § 106 VAG nun unheilbar als verfassungswidrig angesehen werden muß. Man könnte eine Ermessensbegrenzung und die Gewährung eines Rechtsanspruches auch dadurch erreichen, daß man eine verfassungsgemäße Vorschrift, die einen ähnlichen Sachverhalt regelt, entsprechend heranzieht. Hierbei könnte das freie unbegrenzte Ermessen des § 106 Abs. 2 1. Satz mit dem gebundenen Ermessen dieser Norm ausgefüllt wer-

den. Bedenkt man, daß das VAG einen Spezialbereich der Gewerbeausübung regelt, so liegt es auf der Hand, diese Norm in der Gewerbeordnung zu suchen. Nach allgemeiner Ansicht ist das VAG *lex specialis* gegenüber der GewO¹⁾. Als Norm, die der Ermessensbegrenzung dienen kann, bietet sich § 12 GewO an. Das ergibt sich daraus, daß diese Norm die Gewerbeausübung ausländischer juristischer Personen in Deutschland, also eine ähnliche Materie mit ähnlichen Zulassungsvoraussetzungen, regelt. Dafür spricht ferner die Vorschrift des § 7 VAG. Nach dieser Vorschrift sind die folgenden Betriebsformen gesetzlich zugelassen:

- a) VVaG für alle Versicherungszweige und
- b) Aktiengesellschaften ebenfalls für alle Versicherungszweige,
- c) sonstige Kapitalgesellschaften für alle in § 7 Abs. 2 und 3 nicht erwähnten Versicherungszweige (KGaA, GmbH),
- d) Öffentliche Versicherungsanstalten für alle Versicherungsarten,
- e) Einzelunternehmen für alle in Abs. 2, 3 nicht erwähnten Versicherungszweige,
- f) Personenvereinigungen für alle in Abs. 2, 3 nicht erwähnten Versicherungszweige, sofern die Deckung des Versicherungsbedürfnisses ihrer Teilhaber ausgeschlossen oder nur gegen feste Prämie möglich ist²⁾.

In der Praxis wird die umfangreichere Ausübung des Versicherungsgeschäfts ohnehin auf juristische Personen beschränkt sein, da diese allein in der Lage sind, die erforderliche Kapitalausstattung

1) Landmann-Rohmer/Eyermann-Fröhler, GewO § 6 Anm. 4, 2; Schmidt, Versicherungsaufsichtsrecht, Bd. 1 S. 19; Kraus, S. 113, der auf Schmidt a.a.O. verweist.

2) Prölss⁶, VAG § 7 Anm. 1

zu erbringen und das Versicherungsrisiko zu tragen. Für ausländische VU hat die Rechtsprechung¹⁾ entschieden, daß es darauf ankommt, ob eine Rechtsform gewählt worden ist, die einer der zugelassenen deutschen ähnlich ist²⁾. Daher wird grundsätzlich auch ein ausländisches VU in Deutschland nur in der Rechtsform der juristischen Person tätig werden können; daher bietet sich auch deshalb eine Heranziehung des § 12 GewO an.

Interessant ist für den vorliegenden Fall eine historische Betrachtung des § 12 GewO. Hierzu ist anzuführen, daß diese Norm vor der Änderung im Jahre 1965 eine ähnliche Fassung wie § 105 VAG hatte:

"Die Zulassung einer ausländischen juristischen Person zum Gewerbebetrieb im Inland bedarf der Genehmigung des Reichswirtschaftsministers oder des sonst zuständigen Reichsministers."

Nähere Zulassungsvoraussetzungen enthielt die Vorschrift nicht, auch keine Minimalvoraussetzungen wie der § 106 VAG. Seine nunmehrige Fassung hat § 12 GewO durch das Gesetz zur Durchführung von Richtlinien der EWG über die Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs vom 13.8.1965 BGBl. I S.849) erhalten:

Nach § 12 Abs. 1 GewO bedürfen ausländische juristische Personen für den Betrieb eines Gewerbes im Inland der Genehmigung. Diese darf nur dann versagt werden, wenn die Tätigkeit dem öffentlichen Interesse widerspricht (Abs. 2), wobei beispielhaft mangelnde Gegenseitigkeitsgewähr und mangelnde Kapitalausstattung genannt werden. Mit den Worten "darf nur versagt werden, wenn ..." bringt Abs. 2 zum Ausdruck, daß bei Nichtvorliegen des anschließend angeführten

1) BGH 16, 37; KG VAO 7 Nr. 277

2) z.B. Versicherungsgenossenschaft nach schweizerischem Recht Prölss, § 105 Anm. 6

Versagungsgrundes ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung besteht¹⁾. Darin liegt eine wesentliche Neuerung gegenüber der Rechtslage nach § 12 GewO a.F., der keine Einzelheiten über die Erteilung und Versagung der Genehmigung enthielt, so daß auch hier wie bei § 106 VAG die Entscheidung im Ermessen der Behörde lag. Das freie Ermessen wurde in der Neufassung durch einen justiziablen unbestimmten Rechtsbegriff ("öffentliches Interesse") ersetzt. Die Gesetzesmaterialien geben Aufschluß darüber, warum man eine Gesetzesänderung für notwendig erachtete. Nach dem schriftlichen Bericht des Wirtschaftsausschusses waren dafür rechtsstaatliche Bedenken ausschlaggebend: "Die in Art. I Nr. 1 des Entwurfs vorgesehene Neufassung des bisherigen § 12 der Gewerbeordnung erscheint aus rechtsstaatlichen Erwägungen notwendig. Im Interesse der Rechtssicherheit, aber auch der Rechtseinheit im Bundesgebiet soll die Vorschrift, insbesondere hinsichtlich der Versagungsgründe, bei Anträgen ausländischer juristischer Personen auf Erteilung der Genehmigung zum Gewerbebetrieb im Inland näher konkretisiert werden."²⁾ Ob mit den "rechtsstaatlichen Erwägungen" auch solche über die Vereinbarkeit mit dem GG gemeint sind, wird nicht genau gesagt, dürfte aber anzunehmen sein. Dafür spricht schon der Hinweis auf das Erfordernis der Rechtssicherheit, d.h. der Vorhersehbarkeit und Justitiabilität verwaltungsbehördlicher Entscheidungen. Landmann-Rohmer/Eyermann-Fröhler³⁾ sind wohl der gleichen Ansicht, wenn sie angeben, die Abschaffung des (freien) Ermessens und

1) Landmann-Rohmer/Eyermann-Fröhler, GewO § 12 Anm. 9; Fuhr, Anm. 6 o zu § 12; BVerfGE 4, 305 für den ähnlich gefaßten § 2 GaststättenG

2) BT-Drucksache IV/3567 (Bericht des Abgeordneten Müser); ebenso Begründung zum Durchführungs-gesetz, BT-Drucksache IV/3290

3) a.a.O.

die Konkretisierung der Erteilungs- und Versagungsgründe waren mit ein Anlaß zu der Neufassung des § 12 GewO. Außerdem hätte der Gesetzgeber sich wohl kaum dazu entschlossen, eine verfassungsrechtlich eindeutige Vorschrift zu ändern.

II. Das Problem einer verfassungskonformen Rechtsfortbildung

Der Versuch, § 106 VAG die Verfassungswidrigkeit dadurch zu nehmen, daß man die Regelung des § 12 GewO entsprechend heranzieht und dessen Abs. 2 zur Ausfüllung des in § 106 Abs. 2 Nr. 3 1.Satz VAG statuierten freien Ermessens verwendet, stößt allerdings auf Schwierigkeiten vielfältigster Art. Wie gezeigt worden ist, versagt die herkömmliche Methode verfassungskonformer Auslegung, weil das freie Ermessen nicht anhand der eindeutig erkennbaren Ziele des Gesetzes auf ein gebundenes Ermessen reduziert werden kann. Nach ständiger Rechtsprechung besagt der Grundsatz der verfassungskonformen Gesetzesauslegung nur folgendes: Wenn der Wortlaut einer Gesetzesbestimmung mehrere Auslegungen ermöglicht, ist nur eine solche zulässig, bei der die Norm sich¹⁾ mit den Grundsätzen der Verfassung vereinbaren läßt. Daraus läßt sich entnehmen, daß verfassungskonforme Gesetzesauslegung jedenfalls eine deklaratorische Interpretation der Norm beinhaltet²⁾. Im vorliegenden Falle soll aber versucht werden, einer verfassungswidrigen Norm durch Hineininterpretieren einer anderen Norm verfassungsmäßigen Charakter zu geben.

1) BVerfGE 8, 210/221; BayVGHE (NF) 5, II 41; vgl. auch ähnlich BVerfGE 2, 266/282; HessVGH VerwRspr. 8, 889/892; BayVGH VerwRspr. 4, 789; BVerwGE 5, 148/152

2) Schack, JuS 61, 272 unter Hinweis auf Enneccerus-Nipperdey, § 57 I

Damit stellt sich aber das Problem, daß ein solches Vorgehen wohl kaum noch als verfassungskonforme Gesetzesauslegung zu bezeichnen und damit eventuell unzulässig ist. Wenn der Richter über die bloße Sinnermittlung hinaus zu einer ergänzenden oder abändernden Rechtsfindung schreitet, rührt er an die Grenzen, die der verfassungskonformen Auslegung notwendigerweise zu ziehen sind¹⁾. In der Literatur herrscht prinzipiell Einigkeit darüber, daß eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung nicht zu einer verdeckten Gesetzesänderung führen darf²⁾.

Nach Stern³⁾ berechtigt die Freiheit zu verfassungskonformer Auslegung nicht auch zu verfassungskonformer Rechtsfortbildung. Menger⁴⁾ bildete den einprägsamen Satz, "daß der Richter zwar befugt ist, ein Gesetz zu interpretieren, nicht aber, es zu revidieren." Streit besteht jedoch darüber, wann die Auslegung zu einer unzulässigen Gesetzesrevision wird, da man schon die Schranken einer verfassungskonformen Auslegung aus verschiedenen Rechtsprinzipien herleitet. Rechtsprechung und Teile der Literatur sind der Ansicht, der Gewaltenteilungsgrundsatz bilde die Schranke einer verfassungskonformen Interpretation⁵⁾. Andere Autoren⁶⁾ vertreten die Meinung, dieser Grundsatz trete zurück gegenüber der

1) Schaack a.a.O.

2) Schaack, JuS 61, 273; Michel, JuS 61, 278; Bender, MDR 59, 446; Eckardt, S.53 ff; vgl. auch Ergebnisse der Untersuchung von Göldner, S.237

3) Stern, NJW 1958, 1435; Menger, JZ 1960, 169; ebenso auch Schneider in "100 Jahre deutsches Rechtsleben" Bd. 2 S.286 f

4) Menger, a.a.O.

5) BayVGH VerwRspr. 3, 146/151; BVerfGE 8, 71; 9,83; vgl. auch 15, 121; Menger, JZ 1960, 170; Heinemann NJW 1961, 355; Reinicke, NJW 1955, 1665

6) Haak, S. 274; Schaack, JuS 1961, 274

Gefahr der Aushöhlung der Normenkontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts. Ein Gericht könne nicht unter dem Vorwand verfassungskonformer Auslegung die Verfassungsmäßigkeit der Norm verneinen; diese Kompetenz habe nur das Bundesverfassungsgericht¹⁾. Auch hinsichtlich der genaueren Durchführung der verfassungskonformen Auslegung besteht Unklarheit. Diese beruht wiederum auf dem Theorienstreit hinsichtlich der Auslegungsmethode. Verschiedene Autoren sind im Anschluß an die Rechtsprechung der Meinung, eine verfassungskonforme Auslegung sei nicht mehr möglich, wo das Gesetz nach seinem Wortlaut bzw. Sinn und Zweck gegen die Verfassung verstößt²⁾. In diesem Falle läge unzulässige Gesetzesrevision vor (objektive Auslegungstheorie). Vertritt man dagegen eine subjektive Auslegungstheorie, so muß man auf den historischen Willen des Gesetzgebers abstellen. Verstößt dieses gegen die Verfassung, so ist eine verfassungskonforme Auslegung nicht mehr möglich³⁾. Legt man diese Ansichten der vorliegenden Untersuchung zugrunde, so wäre diese hier bereits beendet: § 106 VAG läßt sich ein durch den Gesetzeszweck begrenztes Ermessen nicht entnehmen. Wie eingangs erwähnt, entspricht die Zulassung nach freiem Ermessen und der Vorenthalt eines Rechtsanspruches dem Willen des vorkonstitutionellen Gesetzgebers. Das ergibt sich eindeutig aus den Materialien zum VAG⁴⁾.

1) Menger, VerwArch Bd. 52, 313 f

2) Schack a.a.O.; Enneccerus-Nipperdey, § 51 II 4 c; Bachof, JZ 1962, 351

3) Reinicke, NJW 1955, 1665; Stern, NJW 1958, 1435; Schneider, a.a.O. S.287; Menger, VerwArch Bd. 50 389

4) Vgl. S. 27 Fußn. 3

Allerdings wird von Bender¹⁾ und Michel²⁾ eine vermittelnde Zwischenmeinung vertreten: Danach ist der Richter bei nachkonstitutionellen Gesetzen im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung streng an den Willen des Gesetzgebers gebunden, während er vorkonstitutionelle im Rahmen des möglichen Wortsinnes berichtigen darf. Michel³⁾ führt zur Stützung dieser Ansicht verschiedene Gründe an: Je länger eine Norm sich in der Auslegungspraxis "bewähren" muß, umso mehr entfernt sie sich von dem dem Gesetzgeber ursprünglich bewußt gewordenen Vorstellungsbild. Dem Gewaltenteilungsgrundsatz kann bei vorkonstitutionellen Gesetzen nur bedingt eine grenzziehende Kraft zugesprochen werden. Der vorkonstitutionelle Gesetzgeber war nicht genötigt, der erst jetzt geltenden Verfassung bei Erlass seiner Gesetze Rechnung zu tragen, folglich kann sein insoweit verfassungsrechtlich irrelevanter Wille nicht nachträglich zum Hindernis für eine verfassungskonforme Auslegung werden. So hat denn auch die Rechtsprechung im Wege verfassungskonformer Rechtsfortbildung in unmittelbarer Anwendung des Art. 2 Abs.2 GG, der Sozialstaatsklausel (Art. 20 Abs.2, 28 GG) und des Rechtsstaatsprinzips einen Rechtsanspruch auf Leistung gewährt, obwohl nach dem eindeutig erkennbaren Willen des vorkonstitutionellen Gesetzgebers ein solcher Anspruch nicht begründet werden sollte⁴⁾.

Von dieser Ansicht her auf die Zulässigkeit verfassungskonformer Rechtsfortbildung zu schließen, ist jedoch nicht möglich. Auch hier ist der Rahmen der verfassungskonformen Auslegung, nämlich dekla-

1) Bender, MDR 1959, 446 f

2) JuS 61, 274/280 f

3) Michel, JuS 61, 278

4) BVerfGE 12, 151; BVerfGE DVBl. 1960, 596

ratorische Interpretation, nicht verlassen: Die Grenze der Zulässigkeit verfassungskonformer Rechtsfortbildung ist damit gleichfalls mit dem Wortlaut der Gesetzesvorschrift gezogen. Im vorliegenden Falle wäre also nur dann zu helfen, wenn man eine Möglichkeit fände, um über den Wortlaut des § 106 VAG zu einer zulässigen verfassungskonformen Rechtsfortbildung zu gelangen. Denn man täte dem Gesetzeswortlaut Gewalt an, würde man beispielsweise die Gewährung eines Rechtsanspruches mit ihm für vereinbar halten. Daß eine solche Möglichkeit ausgeschlossen ist, mag zweifelhaft sein, sind doch die Grenzen zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung ohnehin sehr flüssig¹⁾. Die Lösung dieses Problems wäre jedoch außerordentlich schwierig, weil dabei bislang völlig ungeklärte Probleme der Methodenlehre berücksichtigt werden müßten. Die Erörterung könnte sich jedoch aus zwei Gründen erübrigen: Eine verfassungskonforme Rechtsfortbildung ist immer nur dann möglich, wenn auch die allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsfortbildung gegeben sind. Liegen diese nicht vor, erübrigt sich jede weitere Erörterung. Liegen sie vor, so können sich aus dem Wortlaut des § 12 Abs. 4 GewO Schwierigkeiten ergeben.

"Der Genehmigung nach Abs. 1 bedarf eine ausländische juristische Person nicht, wenn sie

1. nach dem Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen,
2. nach dem Gesetz über das Kreditwesen ... der Aufsicht unterliegt."

Aus dieser Bestimmung könnte sich auch das Verbot einer Ausfüllung des freien Ermessens des § 106 Abs. 2 Nr. 3 1. Satz VAG durch § 12 GewO ergeben.

1) Schaack, JuS 1962, 269; Bender, JZ 1957, 593;
vgl. MDR 1959, 444 ff

III. Die allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsfortbildung und ihre Existenz im vorliegenden Fall

1. Das Problem der Gesetzeslücke

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Ausfüllung des freien Ermessens durch § 12 Abs.1 und 2 GewO ist, daß dieser Versuch überhaupt einen zulässigen Fall der Rechtsfortbildung praeter legem darstellt und nicht einen unzulässigen Fall der Rechtsfortbildung contra legem. Nach allgemeiner Meinung dient hierzu als Abgrenzungskriterium der Begriff der Gesetzeslücke¹⁾. Nur wenn das Gesetz unvollständig ist, ist der Richter befugt, das Recht fortzubilden. Er bewegt sich dann in jenem Bereich, der herkömmlicherweise als Rechtsfindung "praeter legem" bezeichnet wird, in dem also der Richter zur Ergänzung des Gesetzes tätig wird. Dieser Zusammenhang zwischen Gesetzeslücke und Rechtsfindung praeter legem wird - trotz Unstimmigkeiten im einzelnen - allgemein anerkannt²⁾. Sehr zweifelhaft ist dagegen, was eine Gesetzeslücke ist und wann sie vorliegt³⁾. Im vorliegenden Falle könnte man die fehlende Begrenzung des verwaltungsbehördlichen Ermessens und die Nichtgewährung eines Rechtsanspruches in § 106 VAG als "Gesetzeslücke" bezeichnen. Es ist etwas im Gesetz nicht geregelt, was (unter dem Maßstab des Grund-

1) Canaris, S.17; Larenz, ML, S.350; Enneccerus-Nipperdey AT, § 58 S. 336 ff

2) Vgl. die vorstehenden Autoren.

3) Die Frage ist bislang ungeklärt, fast jeder Autor hat zum Beispiel ein eigenes Einteilungsschema entwickelt. Zum Überblick siehe Larenz, ML, S.350-359; Canaris, S. 31-40.

gesetzes) eigentlich hätte geregelt werden müssen¹⁾. Insoweit könnte § 106 VAG unvollständig sein. Ist darin keine Gesetzeslücke zu sehen, so erübrigen sich die folgenden Fragen, da dann kein Fall der zulässigen Rechtsfortbildung vorliegt. In diesem Falle wäre nicht mehr zu erörtern, unter welche herkömmliche Methode der Lückenausfüllung die Begrenzung des freien Ermessens durch § 12 Abs. 2 GewO. passen würde. Auch erübrigt sich dann, wie erwähnt, die Frage, ob eine solche "verfassungskonforme" Rechtsfortbildung noch zulässig wäre. Verschiedentlich wird die Ansicht vertreten, eine Lücke im Gesetz liege schon dann vor, wenn die Gesetzesnorm einen Ermessensspielraum einräumt oder wenn der Wortlaut einen unbestimmten Rechtsbegriff enthält²⁾. Hierbei wird vom Lücken "intra legem" gesprochen³⁾. Dazu werden auch u.a. die Verweisungen auf "Treu und Glauben", auf die "Billigkeit" und Angemessenheit gezählt. Um Gesetzeslücken "intra legem" soll es sich auch handeln, wenn eine Frage nach "billigem Ermessen", oder - wie im vorliegenden Fall - nach "freiem Ermessen" entschieden werden soll⁴⁾. Man will diese Fälle dem Lückenbereich zurechnen, weil zumindest teilweise keine gesetzlichen Wertungen vorhanden sind. Eine Auseinandersetzung mit dieser, von der herrschenden Meinung⁵⁾

1) Vgl. die Lückendefinition von Canaris, S.39: "Eine Lücke liegt vor, wenn das Gesetz innerhalb der Grenzen seines möglichen Wortsinns und das Gewohnheitsrecht eine Regelung nicht enthalten, obwohl die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit eine solche fordert."

2) Enneccerus-Nipperdey AT, S.338

3) Vgl. Übersicht bei Canaris, S.27

4) Enneccerus-Nipperdey AT, S.338

5) Vgl. Elze, S.19; Staudinger-Brändl, Anm. 64 E.1 vor § 1; Engisch, Rechtslücke, S.88; Canaris, S.28

abweichenden Ansicht erübrigt sich jedoch, weil auch nach dieser Mindermeinung die Lückenausfüllung nicht durch Rechtsfortbildung erfolgt. Die Ausfüllung dieser Lücken erfolge danach nicht durch Aufstellung eines Satzes, der die Tendenz in sich trägt, bindender Rechtssatz zu werden. Vielmehr treffe der Richter in diesen Fällen eine Entscheidung, deren Grundlage weder geeignet noch darauf angelegt ist, objektive Regel zu werden¹⁾. Die Untersuchung beschränkt sich daher auf die Frage, ob § 106 VAG zwar nicht originär, sondern erst nachträglich dadurch lückenhaft geworden ist, daß, gemessen am Rechtsstaatsprinzip, die Norm unvollkommen geworden ist.

Der herrschenden Meinung zufolge ist das wesentlichste Merkmal einer Gesetzeslücke die Planwidrigkeit²⁾. Eine Lücke ist demzufolge eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes³⁾. Das Merkmal der Planwidrigkeit enthält aber ein näher zu bestimmendes Werturteil⁴⁾. Daher ist zu fragen, was als Bewertungsmaßstab dienen soll, um die Unvollständigkeit des Gesetzes als "planwidrig" erscheinen zu lassen. Im Schrifttum werden die verschiedensten Antworten gegeben. Verschiedentlich geht man bei der Feststellung des Lückenbegriffs von außerrechtlichen Bewertungsgrundlagen aus, indem man fordert, daß irgendein sozialer Interessengegensatz ohne rechtliche Regelung geblieben ist⁵⁾ oder ob ohne eine Ergänzung des Gesetzes "ein vom Standpunkt des Allgemeinwohls aus günstiges Ergebnis nicht erreicht werden kann"⁶⁾. Die herrschende Lehre bestimmt den Be-

1) Enneccerus-Nipperdey a.a.O.

2) Darauf wies schon Elze (S.19) hin; vgl. weiter Canaris, S.28; Larenz, ML, S.358

3) Canaris, S.16

4) Canaris, S.31 und S.17 m.w.N.

5) Schreier, S.47; Ehrlich, S.216

6) Sauer, S.283 f

griff der Gesetzeslücke vom Boden des geltenden Rechts selbst aus; danach kommt es darauf an, ob "der Geist der Rechtsordnung"¹⁾ oder die "dem Gesetz immanente Teleologie"²⁾ eine Regelung erfordert oder nicht. Welcher Ansicht man auch folgen mag, so enthalten jedoch alle Definitionsversuche eine Gemeinsamkeit: Eine Lücke liegt nur dann vor, wenn ein zu regelnder Lebenssachverhalt im Gesetz keine Regelung erfährt, das Gesetz also quantitativ mangelhaft ist. Eine Lücke im Gesetz liegt dagegen nicht vor, wenn der Lebenssachverhalt zwar im Gesetz abschließend geregelt ist, diese Regelung selbst aber, am Maßstab übergeordneten Rechts gemessen, qualitativ mangelhaft ist. Das ergibt sich aus allen ersichtlichen Definitionsversuchen eindeutig, gleichgültig, wie man den Lückenbegriff ansonsten versteht³⁾. Der Streit um den Lückenbegriff geht, wie die verschiedenen Definitionen zeigen, im wesentlichen um brauchbare Abgrenzungskriterien des Lückenbegriffs, insbesondere um eine Abgrenzung zwischen Lücke und rechtspolitischen Fehler⁴⁾. Einigkeit besteht aber darin, daß bei einer Gesetzeslücke eine Regelung überhaupt fehlen muß. Ist diese aber gegeben, so wird in keinem Falle von einer Gesetzeslücke gesprochen, mag diese Regelung auch noch so anfechtbar sein.

1) Binder, S. 977

2) Larenz, ML, S.354

3) So Larenz, ML, S.354: "Eine Regelungslücke liegt vor, wenn eine Regel fehlt, deren Vorhandensein nach dem Grundgedanken und der immanenten Teleologie der gesetzlichen Regelung erwartet werden kann." Ehrlich, S.216: "Ein Interessengegensatz, der in keinem Rechtssatze vorgesehen ist." Canaris, vgl. Fußnote Nr. 3 S. 85 ; Binder, S.984: "Eine Lücke ist anzunehmen, wenn eine durch unsere sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse objektiv begründete Forderung an das Recht in ihm keine Erfüllung findet." Zitelmann, S.5: "...wenn die Antwort auf eine bestimmte Frage dem positiven Recht nicht zu entnehmen ist."

4) Canaris, S.83; Larenz, ML, S.353/354; Engisch, Rechtslücke, S.93

2. Prüfung des Vorliegens einer lückenhaften Regelung in § 106 VAG

Unter Anwendung des eingegrenzten Lückenbegriffs ergibt sich für die vorliegende Untersuchung folgendes: Die Zulassung ausländischer VU war ursprünglich rechtsstaatlich bedenkensfrei geregelt. Unter der Herrschaft des Grundgesetzes ist diese Regelung durch das darin enthaltene unbegrenzte verwaltungsbehördliche Ermessen und den fehlenden Rechtsanspruch zwar qualitativ mangelhaft, aber nicht lückenhaft geworden. Die zu regelnden Lebenssachverhalte (ausländische VU, die das Versicherungsgeschäft im Inland betreiben wollen) haben sich in keiner Weise geändert, sie erfahren nach wie vor eine umfassende Regelung.

Die Richtigkeit des gefundenen Ergebnisses mag aber auch unter einem anderen Aspekt bewiesen werden: Die Schließung einer Gesetzeslücke erfolgt gewöhnlicherweise im Wege des Analogieschlusses¹⁾. Daher müßte die Ausfüllung des in § 106 Abs. 2 1.Satz statuierten freien Ermessens durch das gebundene Ermessen des § 12 Abs. 2 GewO Analogie in irgendeiner Form sein. Unter Analogie versteht man herkömmlicherweise die Übertragung der für einen Tatbestand (A) im Gesetz gegebenen Regel auf den im Gesetz nicht geregelten, erst von dem Beurteiler gebildeten, A ähnlichen Tatbestand B. Diese Übertragung gründet sich auf die Erkenntnis, daß in diesem Fall die gleiche rechtliche Beurteilung angebracht ist; vermöge ihrer Ähnlichkeit gilt die Rechtsfolge von A auch für B²⁾. Aus dieser Definition ist aber zu ersehen, daß auch der Begriff der Analogie von der Nichtregelung eines Lebenssachverhaltes und damit von einem quantitativen Lückenbegriff ausgeht. Der

1) Larenz, ML, S.359

2) Larenz a.a.O.

Versuch, das schrankenlose Ermessen des § 106 Abs.2 Nr. 3 1.Satz VAG durch Übernahme des gebundenen Ermessens des § 12 Abs. 2 GewO zu begrenzen, stellt daher auch keine Analogie dar. Die Zulassungstatbestände erfahren eine abschließende Regelung, mag diese auch schrankenlos sein¹⁾. Dadurch erscheint sie zwar als qualitativ mangelhaft, jedoch kann man sie nicht als schlechthin nichtvorhanden bezeichnen. Daraus ergibt sich, daß mangels einer Gesetzeslücke eine Rechtsfortbildung im vorliegenden Fall contra legem und damit unzulässig wäre. Das Problem einer eventuellen Zulässigkeit braucht daher nicht geklärt zu werden, ebenso nicht, ob § 12 Abs.4 GewO nicht eventuell ein Verbot entsprechender Anwendung enthält. Solange § 106 VAG noch nicht für verfassungswidrig erklärt worden ist, erfüllt er seine regelnde Kraft in jeder Beziehung. Eine Lücke könnte in den Zulassungsvorschriften allerdings entstehen, wenn die Norm für nichtig erklärt und damit unanwendbar geworden ist. Die Verfassungswidrigkeit des § 106 VAG kann somit endgültig als nicht heilbar bezeichnet werden.

D. Umfang der Verfassungswidrigkeit des § 106 VAG

Als Endergebnis ist festzuhalten, daß § 106 Abs. 2 VAG eine verfassungswidrige Regelung enthält, weil

- a) das in Abs. 2 Nr. 3 letzter Satz statuierte freie Ermessen schrankenlos ist und
- b) dem antragstellenden ausländischen VU ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis versagt ist, obwohl § 105 Abs. 1 VAG nur ein präventives Verbot beinhaltet.

1) Das entsprach dem Willen des vorkonstitutionellen Gesetzgebers.

Es muß allerdings noch erwähnt werden, inwieweit § 106 Abs. 2 VAG verfassungswidrig ist. Mit höherrangigem Recht unvereinbar und deshalb gemäß § 78 Abs. 1 BVerfGG für nichtig zu erklären, kann ein Gesetz als Ganzes, eine einzelne Norm, aber auch ein in einem einzelnen Satz, Satzteil, Wort oder Wortteil zum Ausdruck kommender selbständiger Regelungsbestandteil sein¹⁾. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ist der Regelungsbestandteil des § 106 Abs. 2 VAG "Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn ..." für verfassungswidrig und nichtig zu erklären, da damit nur gesagt ist, unter welchen Voraussetzungen sie versagt, nicht aber, wenn sie erteilt werden muß. Ist aber der 1. Halbsatz des § 106 Abs. 2 VAG verfassungswidrig, so folgt daraus auch die Verfassungswidrigkeit der Nr. 1 bis 3 des Absatzes, da diese im Sinnzusammenhang mit Abs. 2 stehen und keine selbständige Bedeutung haben²⁾. Ferner ist der Schlußsatz des Abs. 3 "Im übrigen entscheidet der Reichswirtschaftsminister nach freiem Ermessen" aus dem oben angeführten Ergebnis für verfassungswidrig zu erklären.

Die gesamte Regelung des § 106 Abs. 2 VAG ist daher als verfassungswidrig anzusehen.

1) Schmidt- Bleibtreu, Klein, BVerfGG § 78 Anm. 6

2) a.a.O. § 78 Anm. 6

Dritter Teil :

A. Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit des § 106
Abs. 2 VAG

I. Auswirkung auf § 105 VAG

Ist § 106 Abs. 2 verfassungswidrig, so ist die verbliebene Regelung der Zulassung (§§ 105 Abs. 1 und 2, 106 Abs. 1 VAG) gleichfalls nichtig, wenn sie keine selbständige Bedeutung mehr hat. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat die Nichtigkeit einzelner Vorschriften grundsätzlich nicht die Nichtigkeit auch der übrigen Bestimmungen des Gesetzes zur Folge¹⁾. Unbestrittenmaßen folgt aus der Nichtigkeit einzelner Vorschriften die Nichtigkeit des gesamten Gesetzes nur dann, wenn sich aus dem objektiven Sinn des Gesetzes ergibt, daß die übrigen mit der Verfassung zu vereinbarenden Bestimmungen keine selbständige Bedeutung haben. Wann eine Regelung eine selbständige Bedeutung hat, wurde vom Bundesverfassungsgericht nicht gesagt, ergibt sich aber mittelbar aus einer Entscheidung²⁾. Danach hat eine Vorschrift selbständige Bedeutung, wenn sie mit einer anderen keine Einheit bildet, wenn sie sinnvoll für sich bestehen bleiben und vollzogen werden kann.

§ 105 Abs. 1 VAG statuiert nur ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt:

"Ausländische VU, die im Inland ... das Versicherungsgeschäft betreiben wollen, bedürfen der Erlaubnis."

Diese Vorschrift kann allein sinnvoll nicht vollzogen werden, da jegliche Bestimmung der Zulassungsvoraussetzungen fehlt. Sie wird aber sinn-

1) BVerfGE 2, 380/406; 2, 307/336; 8, 274/301 unter Bezugnahme auf die erstgenannte Entscheidung
5, 25/34; 8, 71/79

2) BVerfGE 8, 301

voll und vollziehbar in Verbindung mit ihrem zweiten Absatz. Dort heißt es:

"Für die Unternehmungen gilt entsprechend dieses Gesetz, soweit sich nichts anderes aus den §§ 106 bis 111 ergibt."

Für das Zulassungsverfahren würde diese Vorschrift bedeuten, daß sich die Zulassungsvoraussetzungen bei Nichtigkeit des § 106 Abs. 2 VAG fortan aus § 8 VAG ergeben. Das würde aber bedeuten, daß ausländische VU bei der Zulassung zum Geschäftsbetrieb inländischen VU gleichgestellt wären. § 105 VAG hätte also auch ohne § 106 Abs. 2 VAG eine selbständige Bedeutung.

II. Auswirkungen auf die übrigen Vorschriften des VI. Abschnitts

1, Auswirkung auf §§ 106 Abs. 1, 107, 111 Abs. 1 VAG

Das Bundesverfassungsgericht hat ferner ausgesprochen, daß aus der Nichtigkeit einzelner Vorschriften die Nichtigkeit des ganzen Gesetzes auch dann folgt, wenn die verfassungswidrige Vorschrift Teil einer Gesamtregelung ist, die ihren Sinn und ihre Rechtfertigung verlöre, nähme man einen ihrer Bestandteile heraus¹⁾. Auf den vorliegenden Fall übertragen, könnte das bedeuten, daß die Nichtigkeit des § 106 Abs. 2 VAG dem gesamten VI. Abschnitt des VAG über ausländische VU den Sinn nehmen könnte. Eine Gesamtregelung ist nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts dann gegeben, wenn die nichtige Vorschrift mit den übrigen Bestimmungen so verflochten ist, daß sie eine untrennbare Einheit bilden, die nicht in ihre einzelnen Bestandteile zerlegt werden kann²⁾. Das ist aber beim Abschnitt

1) BVerfGE 1, 264/274

2) BVerfGE 8, 274/301

VI des VAG nicht anzunehmen. Zumindest die Vorschriften der §§ 106 Abs. 1, 107, 108, 110 und 111 Abs. 1 VAG behalten auch ohne § 106 Abs. 2 VAG ihren Sinn und sind auch ohne diese Vorschrift anwendbar. § 109 VAG, der den Gerichtsstand vorschreibt, kann fortan auch als Norm angesehen werden, die das Erfordernis einer Zweigniederlassung statuiert, wobei der Hinweis auf § 106 Abs. 2 Nr. 3 VAG natürlich gegenstandslos wäre.

Ferner können auch die Minimalvoraussetzungen des § 106 Abs. 2 Nr. 2 und 3 bei der Erlaubniserteilung weiter gefordert werden. Nur ergibt sich ihre Rechtsgrundlage nicht mehr aus der verfassungswidrigen Norm. Die Regelung des Abs. 2 Nr. 2 ergibt sich auch aus § 109 VAG, die des Abs. 2 Nr. 3 aus §§ 107 bis 109 VAG. § 110 VAG ist überhaupt nicht tangiert, da er mit dem Zulassungsverfahren nicht im Sachzusammenhang steht. Das Ergebnis, daß mit Hilfe der Vorschriften der §§ 107 bis 109 VAG die Minimalzulassungsvoraussetzungen des § 106 Abs. 2 Nr. 2 und 3 VAG vor der Nichtigkeit "gerettet" werden können, ist insoweit erfreulich, als gegen diese von verfassungsrechtlicher Seite keine Einwände erhoben werden können. Es ist verfassungsrechtlich unbedenklich, von ausländischen VU den Nachweis der Rechtsfähigkeit nach dem Recht des ausländischen Sitzes zu verlangen, ebenso das Erfordernis der Gründung einer inländischen Zweigniederlassung und der Bestellung eines Hauptbevollmächtigten. Diese sachlich gerechtfertigten und für die Zulassungspraxis des BWM notwendigen Vorschriften fallen ja nur deshalb der Nichtigkeit anheim, weil sie vom verfassungswidrigen Teil der Vorschrift des § 106 Abs. 2 VAG nicht getrennt werden können. Da sie mit dem verfassungswidrigen Passus "darf nur erteilt werden, wenn ..." einen Satz bilden, würde bei

Abtrennung der Sinnzusammenhang entfallen. Die Norm könnte aufrechterhalten bleiben, bestünde die Möglichkeit, die Worte "darf nur" durch das Wort "muß" zu ersetzen und damit eine gebundene Erlaubnis zu schaffen. Diese Möglichkeit hat aber nur der Bundesgesetzgeber, nicht aber ein Gericht. Durch den Gewaltenteilungsgrundsatz hat die Judikative im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten nur das Recht, Gesetze zu vernichten, nicht aber neue Gesetze zu schaffen. Infolge der Unmöglichkeit, § 106 Abs. 2 VAG in einen verfassungsmäßigen und einen verfassungswidrigen Teil zu trennen, muß § 106 Abs. 2 Nr. 1 der Nichtigkeit anheimfallen, obwohl er wie die Nr. 2 und 3 gleichfalls verfassungsrechtlich unbedenklich ist. Die Regelung ist in den folgenden Vorschriften nicht mehr erwähnt, so daß die Gesetzesgrundlage wie bei den Nr. 2 und 3 nicht ausgetauscht werden kann. Das fällt aber wegen der lediglich verweisen- den Wirkung der Nr. 1 nicht ins Gewicht, da die Ausländerzulassung bei Nichtigkeit des § 106 Abs. 2 VAG ohnehin nach § 8 zu erfolgen hätte.

2. Auswirkung auf die Zulässigkeit der Beifügung von Nebenbestimmungen bei Erlaubniserteilung

a) Das Problem

Mit der Annahme, wegen Verfassungswidrigkeit des § 106 Abs. 2 VAG habe die Zulassung ausländischer VU im wesentlichen nach den Inländer-Vorschriften der §§ 5, 8 VAG zu erfolgen, ist der Problembereich der Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit noch nicht erschöpfend behandelt. Es ist vielmehr zu untersuchen, ob die bisherige Auflagenpraxis des BWG ohne das freie Ermessen des § 106 VAG beibehalten werden kann.

Im folgenden soll daher die Zulässigkeit der Hinzufügung von Nebenbestimmungen zu den die Erlaub-

nis erteilenden VA erörtert werden. Der Zulassungsbehörde stehen hierzu zwei Vorschriften zur Verfügung. § 8 Abs. 3 bestimmt:

"Die Erlaubnis kann unter Auflagen erteilt werden. Sie kann insbesondere davon abhängig gemacht werden, daß eine angemessene Sicherheit gestellt wird".

Ferner wird, wie schon eingangs erwähnt, § 106 Abs. 2 Nr. 3 1. Satz herangezogen:

"Im übrigen entscheidet der Reichswirtschaftsminister nach freiem Ermessen."

Da gemäß § 105 Abs. 2 VAG für die Zulassung ausländischer VU auch § 8 VAG gilt, können beide Vorschriften zur Beifügung von Nebenbestimmungen herangezogen werden, wenn der BMW die Erlaubnis erteilen will. Das Problem muß in dieser allgemeinen Form (Zulässigkeit von Nebenbestimmungen) behandelt werden, weil einerseits nicht sicher ist, ob mit "Auflagen" im Sinne des § 8 VAG auch tatsächlich Auflagen im verwaltungsrechtlichen Sinne gemeint sind. Ebensogut könnte es sich hier auch um Bedingungen handeln¹⁾. Bei Erlass der Vorschriften im Jahre 1937 waren die Gesetzestermine noch keineswegs gefestigt. Andererseits ist zu erörtern, ob das "freie Ermessen" (§ 106 Abs. 2 Nr. 3 1. Satz VAG) überhaupt bisher geeignet war als Rechtsgrundlage für Nebenbestimmungen zu dienen.'

b) Klärung der Begriffe "Bedingung" und Auflage im VAG

Hinsichtlich der Frage der rechtlichen Zuordnung der der Zulassung beigegebenen "Auflagen" im Sinne des § 8 Abs. 3 VAG gibt schon der Gesetzeswortlaut Anlaß zu Zweifeln. Wie sich aus dem Wort "insbesondere" entnehmen läßt, hat der Gesetzgeber

1) Vgl. Prölss⁶ VAG § 8 Anm. 2

die vorbehaltene Sicherheitsleistung offenbar als einen speziellen Fall der "Auflage" aufgefaßt. Im verwaltungsrechtlichen Sinne versteht man unter einer Auflage eine Nebenbestimmung, die selbständig zum Hauptinhalt des Verwaltungsaktes hinzutritt, der in seinem weiteren Schicksal von der Auflage nicht abhängig ist. Dagegen ist die andere Form der Nebenbestimmung, die Bedingung, mit dem VA verbunden. Dessen Schicksal hängt von dem Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung ab¹⁾. Da, wie gesagt, der Gesetzeswortlaut diese Unterscheidung nicht immer trifft, kommt es auf die Auslegung des gesetzgeberischen Willens und des Willens der handelnden Behörde im Hinblick auf die Bedeutung der Materie an. Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes wird deutlich, daß der verwaltungsrechtliche Begriff "Auflage" nicht mit dem des § 8 Abs. 3 VAG identisch sein kann. Der Gesetzgeber hat den BWM zur Forderung von angemessenen Sicherheitsleistungen ermächtigt, damit im Falle der Insolvenz eine genügende Vermögensmasse zur Tilgung der Verbindlichkeiten zur Verfügung steht. Das ist insbesondere bei ausländischen VU wichtig, da diese im Inland nur eine Zweigniederlassung begründen, während die Hauptmasse des Gesellschaftsvermögens sich im Ausland befindet. Eine Forderung nach Sicherheitsleistung in Form einer Auflage würde dem gesetzgeberischen Willen nicht entsprechen. Das (ausländische) VU könnte mit dem Versicherungsgeschäft beginnen, ohne daß eine ausreichende Haftungsmasse im Inland zur Verfügung steht. Zwar könnte der BWM die Auflage selbständig erzwingen, die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb wäre aber davon nicht betroffen, allenfalls wäre sie widerrufbar. Bis dahin könnte aber die Versicherungstätigkeit ungehindert fort-

1) Allgemeine Meinung, vgl. etwa Wolff⁶ Lb. I, § 49 I und 2

geführt werden, ohne daß die jederzeitige Erfüllbarkeit der abgeschlossenen Versicherungsverträge gewährleistet wäre. In § 8 Abs.3 VAG ist daher trotz gegen-
teufliger Diktion bei der Sicherheitsleistung keine Auflage, sondern eine Bedingung gemeint, sofern es sich um die bei Erlaubniserteilung zu stellende "feste Kauti-
on" handelt: Wird die vom BMW geforderte Sicherheit nicht geleistet, so kann mit der Versicherungstätigkeit nicht begonnen werden, da die Erlaubnis von der Sicherheitsleistung abhängig ist. Daher kann bei Insolvenz auch kein Versicherungsnehmer geschädigt werden. Dem gesetzgeberischen Willen, die Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge und damit die Interessen der VN zu sichern, dient daher bei der Sicherheitsleistung nur die Bedingung, nicht aber die Auflage. Es handelt sich hier um eine aufschiebende, suspensive Bedingung. Daß bei der Sicherheitsleistung mit dem Begriff "Auflage" eine solche Bedingung gemeint ist, ergibt sich auch aus der Formulierung der ministeriellen Zulassung, die ausdrücklich das Wort "Bedingung" verwendet¹⁾.

Inhaltlich entspricht diese Formulierung der des früheren Reichswirtschaftsministers, der von einer Erlaubniserteilung "unter der Bedingung der Stellung einer Sicherheit" spricht²⁾. Dagegen ist die im Laufe des Geschäftsbetriebes von ausländischen VU zu erbringende bewegliche Kauti-
on eine Auflage im verwaltungsrechtlichen Sinne. Diese ist nicht rechtlich von der Erlaubniserteilung abhängig³⁾. Es ist daher anzunehmen, daß mit dem Begriff "Auflagen" in § 8 Abs.3 VAG Nebenbestimmungen schlechthin gemeint sind. Das entspricht auch der Meinung der Literatur⁴⁾, daß sowohl Bedingungen als auch Auflagen bei einer Erlaubniserteilung nach § 8 VAG zulässig seien.

1) Vgl. VerBAV 57, 227; 58, 85

2) Bischoff, Vw 1962, 550

3) Sieg, VersR 1971, 681

4) Prölss⁶, VAG § 8 Anm. 2

c) Zulässigkeit der Erteilung von Nebenbestimmungen nach bisheriger Rechtspraxis

Einem begünstigenden VA, auf den ein Rechtsanspruch besteht, wie die gebundene Erlaubnis, dürfen ungünstige Nebenbestimmungen nur beigelegt werden, wenn sie gesetzlich zugelassen sind oder lediglich sicherstellen sollen, daß die rechtlichen Voraussetzungen des VA erfüllt werden¹⁾. Damit ist jedoch über Inhalt und Grenzen der möglichen Auflagen noch nichts gesagt. Dem Gesetzeswortlaut des § 8 VAG ist darüber nichts zu entnehmen, da er lediglich die Ermächtigung zur Erteilung von Auflagen enthält. Aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ergibt sich, daß sich die Nebenbestimmungen von VA im Rahmen des Gesetzeszweckes halten müssen. Der Bundesgerichtshof hat dieses Erfordernis in einem Beschluß deutlich ausgesprochen²⁾. "Aus der Tatsache, daß Bedingungen und Auflagen im Genehmigungsverfahren dazu bestimmt sind, einen gesetzlichen Versagungsgrund zu beseitigen, folgt ohne weiteres, daß sich solche Anordnungen im Rahmen der gesetzlichen Versagungsgründe halten müssen. Sie dürfen nicht gesetzesfremden Zwecken dienen. Über das Erfordernis, daß die Gesichtspunkte für Auflagen nur dem anzuwendenden Gesetz entnommen werden dürfen, hat der BGH die Zulässigkeit der Erteilung von Nebenbestimmungen weiter eingegrenzt³⁾". Im Rahmen des Gesetzeszweckes dürfen nur die negativen, nicht aber die positiven Zwecke berücksichtigt werden. Es sei nicht Sinn der Auflage, die Gesetzeszwecke zu för-

1) Allgemeine Meinung, vgl. Wolff, Lb I, § 49 I

2) BGH BB 1955, S.9

3) Das ergibt sich aus dem Beschluß des BGH, a.a.O.; vgl. Herbert Krüger, DVBl. 1955, 522; vgl. auch OVG DÖV 55, 189

dern, sie hat lediglich Umstände auszuräumen, deren Bestand zu einer Versagung der Genehmigung genötigt hätte¹⁾. Dieser Ansicht der Rechtsprechung wurde grundsätzlich, wenn auch unter Vorbehalten, zugestimmt²⁾. Demzufolge sind bei § 8 VAG nur solche Nebenbestimmungen bei der Erlaubniserteilung zulässig, die geeignet sind, die dort enumerativ aufgezählten Versagungsgründe auszuräumen. Daraus ergibt sich aber, daß Rechtsgrundlage für die am Anfang der Arbeit³⁾ erwähnten weitläufigen Bedingungen und Auflagen bei der Zulassung ausländischer VU nicht § 8 VAG, sondern nur § 106 Abs.2 Nr. 3 l.Satz VAG sein kann. Die Zulässigkeit der Hinzufügung von Nebenbestimmungen bedarf hier keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage; sie ist vielmehr insbesondere dann mit einem begünstigenden VA verbindbar, wenn dieser auch hätte völlig versagt werden können, wie bei der freien Erlaubnis⁴⁾. Aus dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot folgt sogar, daß eine Erlaubnis unter Nebenbestimmungen ergehen muß, wenn dadurch ihre Versagung zu vermeiden ist⁵⁾. Es ist selbstverständlich, daß bei der Erteilung von Nebenbestimmungen, wie bei Erteilung der freien Erlaubnis, die Ermessensschränken beachtet werden müssen. Innerhalb dieses Rahmens ist der BWM bei der Erteilung von Nebenbestimmungen frei. Da, wie oben ausgeführt wurde, die Zweck- und Zielrichtung des

1) BGH a.a.O.

2) Wolff, Lb I, § 49 I; einschränkend dagegen Krüger a.a.O.

3) oben S. 15

4) So z.B. Peters, Lb, S.383; Nebinger, Verwaltungsrecht²⁾, S.206/207; vgl. auch ProVG 64, 434; Krüger a.a.O., S.451

5) Krüger a.a.O., S.451

§ 106 VAG unbegrenzt und von außenwirtschaftspolitischer Opportunität beeinflusst ist, ist naturgemäß auch die Praxis des BMW bei der Erteilung von Nebenbestimmungen unbegrenzt weit, so daß der Zusammenhang mit dem Gesetzeszweck nicht immer zu erkennen ist. Da überhaupt bei der Zulassung ausländischer VU noch keine verfassungsrechtlichen Bedenken geäußert wurden, so mußte naturgemäß auch die Zulässigkeit der Beifügung von Nebenbestimmungen beliebiger Natur gutgeheißen werden. Bischoff¹⁾ schreibt in seinem Aufsatz über die Kauttionen ausländischer VU, daß diese in erster Linie gemäß § 8 Abs. 3 VAG vom BMW gefordert werden, und fährt dann in einer Fußnote fort²⁾ :

"Gem. § 111 finden die Bestimmungen des VAG auch auf ausländische VU Anwendung, sofern nicht die §§ 105 ff VAG Sonderregelungen enthalten. Der Bundeswirtschaftsminister könnte aus § 106 l.Abs., wonach er im übrigen nach freiem Ermessen entscheidet, noch weitergehende Kautionsvollmachten ableiten."

Aus dem Vorstehenden ist somit nach allgemeiner Ansicht die Ermächtigung des BMW zur Erteilung weitergehender als der nach § 8 VAG zulässigen Nebenbestimmungen dem freien Ermessen des § 106 Abs. 2 Nr. 3 1.Satz VAG zu entnehmen²⁾.

- d) Zulässigkeit der Erteilung von Nebenbestimmungen bei Nichtigkeit des § 106 Abs. 2 VAG

Ist die erwähnte Bestimmung jedoch verfassungswidrig und somit nichtig, so ergibt sich daraus, daß nur noch solche Nebenbestimmungen zulässig sind, die dem Zwecke dienen, die in § 8 VAG ~~enumerativ~~ aufgezählten Versagungsgründe auszuräumen, weil diese

1) Bischoff, VW 1962, 547

2) S. 548, Fußn. 2; vgl. auch Prölss⁶, VAG § 106

Anm. 1

Norm dann auch für die Zulassung ausländischer VU bestimmend wird. Damit würde ein Teil der bisher vom BWM geforderten Bedingungen und Auflagen entfallen. So wären beispielsweise fortan die Kautionsforderungen auf die Zwecke des § 8 VAG beschränkt, weitergehende Kautionsforderungen dagegen unzulässig. Damit würden aber auch alle Nebenbestimmungen unzulässig sein, die in den wirtschaftspolitischen Bereich fallen, wie beispielsweise die Beschäftigung deutscher Angestellter oder der Betrieb auf Zeit. Auch könnten Auflagen für die geschäftlichen Einrichtungen in Deutschland nicht mehr aufgegeben werden. Angesichts der Tatsache, daß infolge der nationalen Verschiedenheiten des Versicherungsvertrags- und Aufsichtsrechts auf Spezialvorschriften für ausländische VU noch nicht verzichtet werden kann, würde sich die Situation für die Zulassungsbehörde komplizieren, wenn sie das freie Ermessen des § 106 Abs. 2 Nr. 3 1.Satz VAG nicht mehr zwecks Erteilung von Nebenbestimmungen zur Verfügung hätte.

3. Auswirkung auf die Möglichkeit des Widerrufs der Zulassung gemäß § 111 Abs. 2 VAG

a) Zur Fassung des § 111 Abs. 2 VAG

Da die Widerrufsbestimmung des § 111 Abs. 2 VAG naturgemäß in einem engen Zusammenhang mit dem Zulassungsverfahren steht, könnte diese Vorschrift gleichfalls durch die Nichtigkeit des § 106 Abs.2 VAG tangiert sein. Sie lautet:

"Auf Antrag des Reichswirtschaftsministers kann auch der Reichswirtschaftsminister den Geschäftsbetrieb nach freiem Ermessen untersagen. Den Beschluß führt das Reichsaufsichtsamt aus."

Diese Bestimmung mutet auf den ersten Blick seltsam an. Denn wozu sollte der Reichswirtschaftsminister

einen Antrag auf behördliches Tätigwerden bei der eigenen Behörde stellen? Vor Erlaß des Änderungsgesetzes vom 14.2.1934 war für die Untersagung der Reichsrat zuständig; es handelte sich hierbei um ein selbständiges Tätigwerden gemäß § 2 Abs. 2 d.G., so daß die Zuständigkeit auf den Reichswirtschaftsminister übergegangen war¹⁾. Die Worte "Auf Antrag des Reichswirtschaftsministers" sind durch die Regelung dieses Gesetzes gegenstandslos geworden. Schon vom Wortlaut her ist hier die Reformbedürftigkeit zu erkennen.

b) Die Zulässigkeit des Widerrufs begünstigender Verwaltungsakte

Die Möglichkeit des BWM als Nachfolgebehörde, den Geschäftsbetrieb eines ausländischen VU nach freiem Ermessen zu untersagen, bildet daher das Gegenstück zum präventiven Verbot mit freiem Erlaubnisvorbehalt (actus contrarius).

Die früher überwiegend vertretene Widerrufslehre²⁾ beruhte auf der angeblichen Regel der freien Widerruflichkeit von VA, ohne daß es einer besonderen gesetzlichen Grundlage bedurfte. Jedoch wurden seinerzeit schon Ausnahmen von dieser Regel gemacht. Der freie Widerruf wurde bei VA, zu deren Erlaß die Behörde verpflichtet ist (gebundene VA), als ausgeschlossen angesehen, weil ein Widerruf sachlich gleichbedeutend sei mit der Unterlassung eines VA und demzufolge die Verpflichtung zur Vornahme verletzen würde³⁾. Der Widerruf einer ins freie Ermessen der Verwaltung gestellten Erlaubnis war deshalb auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermäch-

1) Prölss⁶ VAG § 111, S. 905/906 Fn. 2 und 3

2) Vgl. dazu Übersicht bei Wolff,⁶ Lb I, § 53 I

3) Wolff⁶ a.a.O.

tigung zulässig. Unter Zugrundelegung dieser Ansicht hätte § 111 Abs. 2 VAG nur deklaratorischen Charakter gehabt. Obwohl der Problemkreis der Zulässigkeit von Rücknahme und Widerruf von VA oft besprochen wurde, ist er letztlich nicht völlig geklärt. Trotzdem bekennt sich die herrschende Meinung unter der Herrschaft des Grundgesetzes zur gegenteiligen Ansicht. Demzufolge ist von der Regel der Unwiderruflichkeit von VA auszugehen¹⁾. Ein lästiger Widerruf darf nur auf Grund eines hinreichend bestimmten Rechtssatzes ausgesprochen werden, weil nach dem Vorbehalt des Gesetzes Eingriffe in die Rechts- und Freiheitssphäre durch einen Rechtssatz zugelassen sein müssen. Daß dieser Grundsatz auch auf Ausländer Anwendung findet, wurde oben schon gesagt²⁾. Der heute herrschenden Ansicht zufolge wäre gegen die Widerrufsregelung des § 111 Abs. 2 VAG nichts einzuwenden. Danach ist ein Widerruf u.a. dann zulässig, wenn er entweder im Gesetz vorgesehen ist oder wenn der Erlaß des VA im Ermessen der Behörde steht. Demzufolge könnte auch heute noch die Zulassung eines ausländischen VU widerrufen werden, ohne daß der Gesetzgeber ausdrücklich eine diesbezügliche Vorschrift hätte schaffen müssen.

c) Konsequenzen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Ob diese Betrachtungsweise unter der Herrschaft des Grundgesetzes noch aufrechtzuerhalten ist, bleibt fraglich. Schränkt die höchststrichterliche Rechtsprechung das verwaltungsbehördliche Ermessen unter rechtsstaatlichen Erwägungen ein, so ist nicht einzusehen, warum das beim actus contrarius nicht der

1) Wolff⁶a.a.O.

2) S.49

Fall sein soll. Denn es handelt sich immer um Normen, die einen Eingriff in die Rechts- und Freiheitssphäre darstellen. Somit müssen sie auch allen Anforderungen an das Rechtsstaatsprinzip genügen, insbesondere müßte das verwaltungsbehördliche Ermessen inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Allerdings könnte man annehmen, daß die Anforderungen an die Widerrufsbestimmung geringer sein könnten, weil der Widerruf kein volles subjektiv-öffentliches Recht, sondern nur eine sogen. "Verstattung" beseitigt. Das aber kann kein treffendes Argument sein. Ist im Wege der "verfassungskonformen Auslegung eine freie Erlaubnis in eine gebundene umzuformen, so erstarkt der öffentlich-rechtliche Besitzstand ohnehin zu einer "Gestattung"²⁾, die schon immer schwerer widerruflich war³⁾. Entscheidend ist aber nicht die Qualität der Rechtsposition, sondern die Tatsache, daß mit einer Norm in diese eingegriffen wird.

Die Auswirkungen des Widerrufs sind für den Betroffenen immer gleich, egal, welche Qualität der ihm entzogene öffentlich-rechtliche Besitzstand auch hatte. Der Widerruf einer freien Erlaubnis im Wege der Ausübung eines Widerrufsvorbehalts ohne gesetzliche Ermächtigung dürfte daher ebenso unverhältnismäßig sein, als wenn man auf die gleiche Weise eine gebundene Erlaubnis entzöge. Nur hält man das eine wegen der Ermessensfreiheit für rechtmäßig, das andere wegen der Ermessensgebundenheit für rechtswidrig. Natürlich kann man sagen, daß bei einer freien Erlaubnis sich der Betroffene auf seine schwache Rechtsposition einstellen könnte. Er muß wissen, daß die ihm verliehene Rechtsposition jederzeit wieder entzogen werden könnte und er deshalb keinerlei Vertrauensschutz genießt. Beruht zudem, wie im

1) Wolff,⁶ Lb I, § 48 II

2) Wolff a.a.O.

3) Überblick über die zulässigen Widerrufsgründe bei Wolff,⁶ Lb I, § 53 III

vorliegenden Fall, der Widerrufsvorbehalt auf einer ermächtigenden Norm (§ 111 Abs. 2 VAG), so ist dem Rechtsstaatsprinzip unter dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit verwaltungsbehördlicher Entscheidungen Genüge geleistet. Hierzu ist zu sagen, daß bei Umdeutung der freien Erlaubnis im Wege der "verfassungskonformen Auslegung" auch der öffentlich-rechtliche Besitzstand des Adressaten sich wegen der eingeschränkten Widerrufsmöglichkeit verstärkt. Auch ist nicht anzunehmen, daß allein die Aussage des Gesetzes "Der BMW kann den Geschäftsbetrieb nach freiem Ermessen untersagen" für das Erfordernis der Vorhersehbarkeit verwaltungsbehördlicher Entscheidungen nichts hergibt. Kein ausländisches VU kann daraus ersehen, wann ihm die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb wieder entzogen werden kann. Um dem Rechtsstaatsprinzip Genüge zu leisten, müßte auch die freie Widerrufsmöglichkeit anhand der eindeutig erkennbaren Ziel- und Zwecksetzung des Gesetzes eingegrenzt werden.

d) Die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 111 Abs. 2 VAG

Es ergibt sich nach dem Vorstehenden genau das gleiche Problem wie schon bei der Behandlung der Erlaubnisvorschriften. Auch hier erscheint eine Eingrenzung des freien Ermessens beim Widerruf durch verfassungskonforme Auslegung anhand der eindeutig erkennbaren Ziele der Norm von vornherein kaum durchführbar. Legt man die herrschende Schutztheorie zugrunde¹⁾, daß Zweck und Ziel des VAG der Schutz des versicherungsnehmenden Publikums ist, so wird erkennbar, daß auch § 111 Abs. 2 VAG weitergehende Ziele verfolgt. Eine entsprechende Vorschrift

1) Siehe oben S.58

für inländische VU fehlt. Es ist auch nicht ersichtlich, daß die Tätigkeit ausländischer VU im Inland bei materieller Staatsaufsicht "gefährlicher" für das Versicherungspublikum ist, so daß eine Möglichkeit zu schnellem Verbot notwendig ist. Es ist vielmehr anzunehmen, daß § 111 Abs. 2 wie § 106 VAG den außenwirtschaftlichen Interessen der Bundesrepublik dienen soll. Nach Prölss¹⁾ soll die Entscheidung nach freiem Ermessen u.a. die Möglichkeit geben, bei Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung gegenüber deutschen VU im Ausland Vergeltung zu üben. Wann ein Verletzungstatbestand gegeben ist, der ein derartiges Vorgehen rechtfertigt, ist im Gesetz nicht gesagt. Eine Eingrenzung des Ermessensspielraumes dürfte im Hinblick auf die verschiedenartigsten Gegebenheiten in der Außenpolitik auch nicht möglich sein. Zweck- und Zielrichtung des § 111 Abs. 2 VAG sind wegen ihrer politischen Natur vielfältig und nicht mehr eindeutig erkennbar, wie es das Bundesverfassungsgericht verlangt. Die Norm verstößt daher gegen das Rechtsstaatsprinzip und ist als verfassungswidrig anzusehen.

Ohnehin erscheint der Gedanke, mit einer Rechtsnorm wirtschaftspolitische Vergeltung üben zu wollen, angesichts des Zusammenschlusses der Staaten zu supranationalen Vereinigungen etwas anachronistisch, zumal, wie eingangs erwähnt, deutsche Versicherer hauptsächlich im EWG-Bereich tätig sind. Die Anwendung käme allenfalls im Bereich des Ostblocks in Betracht, der ja auch im deutschen Versicherungsgeschäft tätig ist²⁾, oder bei Staaten

1) Prölss⁶ VAG § 111 Anm. 1

2) So ist die "Schwarzmeer und Ostsee" Vers.AG eine deutsche Gesellschaft in sowjetischem Besitz, vgl. Tabelle im Anhang "Dt. Versicherungen im Auslandseigentum".

der "dritten Welt". Jedoch wird auch diese Möglichkeit im Zuge der politischen Entwicklungen wohl immer geringer werden. Jedenfalls ist dem § 111 Abs. 2 VAG nicht zu entnehmen, ob er auch rein außenpolitisch motivierte Widerrufsverfügungen deckt, die mit Wirtschaftspolitik nichts mehr zu tun haben. Könnte beispielsweise die Anerkennung der "DDR" oder der Nichtabschluß eines Handelsvertrages den Widerruf der Erlaubnis als Repressalie für die VU des betreffenden Staates rechtfertigen?

e) Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit des
§ 111 Abs. 2 VAG

Da wegen Verfassungswidrigkeit des § 106 Abs.2 VAG die Zulassung ausländischer VU zum Geschäftsbetrieb sich fortan nach §§ 5, 8 VAG zu richten hätte, brauchte die Praxis die Nichtigkeit des § 111 Abs.2 VAG nicht zu bedauern. Es ist unbestritten, daß - von den Fällen der rechtswidrigen Erschleichung¹⁾ o.ä. abgesehen - eine gebundene Erlaubnis nur dann widerruflich ist, wenn die Voraussetzungen für ihre Erteilung entfallen sind. Ein Widerruf der Erlaubnis könnte daher auch über die Bedürfnisanforderung des § 8 Abs. 1 Nr. 3 erfolgen, sofern mit dem betroffenen Heimatstaat des ausländischen VU kein zwischenstaatliches Abkommen besteht.

1) Die Frage, ob eine Rücknahme in diesem Falle möglich ist, ist umstritten. Berliner-Fromm, § 6 Anm. 4 verneinen das und verweisen auf § 87 VAG; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 740, nimmt in schweren Fällen Nichtigkeit an; Prölss^o VAG § 8 Anm. 3 bejaht eine Rücknahmemöglichkeit.

Kann der Widerruf der Zulassung ausländischer VU zukünftig nur bei Fortfall der Zulassungsvoraussetzungen erfolgen, so regelt § 87 VAG deren Durchführung in der Form der Untersagung des Geschäftsbetriebes. Die Widerrufskompetenz hätte hier dann nicht mehr der BMW, sondern das BAA. In diesem Falle dürften keine neuen Versicherungsverträge mehr abgeschlossen, "laufende" nicht erneuert oder erhöht werden. Mit Beendigung der Liquidation wäre die Zweigniederlassung dann erloschen.

f) Möglichkeit einer Beibehaltung der geltenden Fassung des § 111 Abs.2 VAG

Es bleibt zu fragen, ob der Gesetzgeber § 111 Abs.2 VAG wegen Verfassungswidrigkeit ändern oder neu schaffen müßte, wenn er die Erlaubnis der §§ 105, 106 VAG in ein repressives Verbot mit Ausnahmevorbehalt ändern würde, und zwar de lege ferenda für die Zulassung ausländischer VU aus Drittländern, nachdem für EWG-angehörige VU die Niederlassungsfreiheit geschaffen worden ist. Damit käme der Gesetzgeber den Anforderungen der EWG-Versicherungsrichtlinie nach, die Drittlands-VU einen Rechtsanspruch auf Zulassung verwehren will. Es besteht kein gemeindeutscher Rechtssatz, der die freie Widerruflichkeit von Ausnahmegewilligungen ausschließt. Da diese kein subjektiv-öffentliches Recht begründen, können sie nach freiem Ermessen widerrufen werden, und zwar schon wegen geänderter oder abweichender Ansicht der widerrufenden oder der den Widerruf veranlassenden Behörde¹⁾. Dieser allgemeinen Ansicht ist zuzustimmen, und zwar nicht allein aus dem Mangel der Begründung eines subjektiv-öffentlichen Rechts. Die andersartige Rechts-

1) Anm. von Huber, AÖR Bd. 78 S.114 zum vorstehenden Urteil des BGH zur Zulässigkeit des Verkaufs an Sonntagen.

wirkung ergibt sich vor allem aus der unterschiedlichen Rechtsnatur von präventivem und repressivem Verbot. Da Zweck des präventiven Verbots lediglich die Ausübungskontrolle ist, müssen sich die Ermessensgrenzen innerhalb des konkretisierbaren Schutzzweckes des Gesetzes halten. Das gleiche gilt auch für den *actus contrarius*, den Widerruf. Das repressive Verbot dagegen will generell verbieten, daher kann das eingeräumte freie Ausnahmeerlassen seine Grenzen nicht am Schutzzweck der Norm finden. Dieser Zweck wird durch die Erteilung der Ausnahmegenehmigung gerade durchbrochen. Die Verwaltungsbehörde ist bei der weiteren Behandlung der Ausnahmegenehmigung durch keinen Rechtssatz mehr gebunden und darf mit deren Bestand nach Belieben verfahren, wobei sie allerdings an das höherrangige Verfassungsrecht gebunden bleibt.

Will die Verwaltungsbehörde die Ausnahmegenehmigung widerrufen, so hat sie insbesondere das Willkürverbot zu beachten, das seine Ausformung in den allgemeinen Ermessensschränken findet. Ein Widerruf der Ausnahmegenehmigung wäre also rechtswidrig, wenn er in Ermessensüberschreitung oder Ermessensmißbrauch ausgesprochen wird. Im Hinblick auf den Grundrechtscharakter des Art. 2 Abs. 1 GG blieben als Regelungsmaterie für das repressive Verbot nur noch solche Tätigkeiten übrig, die grundrechtlich nicht geschützt sind, da die Ausübung von Grundrechten nicht ins Ermessen der Verwaltung gestellt werden kann. § 111 Abs. 2 VAG könnte also bei einer geplanten Änderung des VAG für Drittstaatsangehörige so bestehen bleiben, vorausgesetzt, der Gesetzgeber entschließt sich, §§ 105, 106 VAG von einem präventiven Verbot in ein repressives umzuwandeln. Anhand der EWG-Versicherungsrichtlinie¹⁾ wird ihm wohl diese Möglichkeit nur offenbleiben, wenn

1) Besprochen bei Fahr, S. 152

nicht die Forderung nach einer Versagung des Rechtsanspruchs auf Zulassung für ausländische VU fallengelassen wird. Wie es sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt, bietet im deutschen Verwaltungsrecht nur das repressive Verbot mit Ausnahmeverbehalt die Möglichkeit, einen Rechtsanspruch zu versagen.

Obwohl also der Widerruf einer Ausnahmegenehmigung eines repressiven Verbots nicht ausdrücklich einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf, würde er im o.a. Falle seinen Sinn behalten. Der allgemeine Rechtsgrundsatz, daß ein begünstigender VA nicht mehr widerrufen werden darf, wenn von ihm Gebrauch gemacht worden ist, gilt auch als Ausfluß des Verhältnismäßigkeitsprinzips für die Ausnahmebewilligung. Insoweit gilt ein Verbot des rückwirkenden Verwaltungseingriffs. Dieses Verbot kann natürlich durch einen positiven Rechtssatz aufgehoben werden. In diesem Fall bedarf der Betroffene keines Vertrauensschutzes. Aufgrund des § 111 Abs. 2 VAG könnte daher noch ein widerrufender VA ergehen, obwohl das Drittauslandsunternehmen von der Ausnahmegenehmigung bereits Gebrauch gemacht hat. Streit herrscht allgemein darüber, zu welchem Zeitpunkt das Gebrauchmachen beginnt. Die in der Literatur allgemein verwandte Formel geht dahin, daß für den Beginn des Gebrauchmachens das "Inwerksetzen" entscheidend ist¹⁾; die Ausführungen darüber, was damit gemeint ist, ermangeln vielfach der erforderlichen Präzision. Da die Formel des "Inwerksetzens" aus dem Baurecht stammt, ist anzunehmen, daß sie dann erfüllt ist, wenn sie eine Konkretisierung im räumlich-sachlichen Bereich erfahren hat.

1) Vgl. Wolff,⁶ Lb I, § 53 II

Die Zulassung eines ausländischen VU wäre dann nicht mehr zu widerrufen, wenn es beispielsweise eine Zweigniederlassung im Inland begründet hätte. Hier gäbe § 111 Abs. 2 VAG die Möglichkeit, die Zulassung in jedem Stadium der Geschäftstätigkeit zu widerrufen.

III. Auswirkungen der Verfassungswidrigkeit der §§ 106 Abs. 2 und 111 Abs. 2 VAG auf den Versicherungsmarkt

Solange der Gesetzgeber das präventive Verbot des § 105 Abs. 1 VAG beibehält, sind die §§ 106 Abs. 2 und 111 Abs. 2 VAG jedenfalls als verfassungswidrig und nichtig anzusehen. Das Zulassungsverfahren hinsichtlich ausländischer VU würde mit den verbleibenden Bestimmungen wie folgt aussehen: § 105 VAG: (1) Ausländische Versicherungsunternehmen, die im Inland durch Vertreter, Bevollmächtigte, Agenten oder andere Vermittler das Versicherungsgeschäft betreiben wollen, bedürfen der Erlaubnis.

(2) Für die Unternehmungen gilt entsprechend dieses Gesetz, soweit sich nichts anderes aus den §§ 106 bis 111 ergibt.

§ 106 VAG: Über den Antrag entscheidet ausschließlich der Bundeswirtschaftsminister.

Wie schon erwähnt, würde sich dann die Zulassung eines ausländischen VU weitgehend nach § 8 VAG regeln. Insoweit wäre über den geplanten Rahmen der EWG hinaus die allgemeine Niederlassungsfreiheit auch für Dritt¹⁾auslandsunternehmen hergestellt. Angesichts der Tatsache, daß wegen der Kompliziertheit der Angleichung der verschiedenen nationalen Rechts- und Wirtschaftssysteme eine Wartezeit von 10 - 20 Jahren veranschlagt ist, ist das gefundene Ergebnis

1) Vgl. Referat von Nowak, zitiert auf S. 19 u. 20

auf den ersten Blick als unerfreulich anzusehen. Eine umfassende Aufsicht, die den Besonderheiten eines ausländischen VU mit Zweigniederlassung im Inland Rechnung trägt, wäre dann nicht mehr möglich, die Interessen der Versicherungsnehmer nicht mehr so geschützt wie bisher. Allerdings wäre die inländische Versicherungswirtschaft nicht allzusehr betroffen. Da die Bedürfnisprüfung des § 8 Abs.2 VAG nach wie vor auf ausländische VU Anwendung finden könnte, hätte der Staat immer ein Regulativ in der Hand, um eine Überbesetzung des inländischen Versicherungsmarktes zu verhüten und eine ruinöse Konkurrenz durch Prämienunterbietung zu verhindern. Allerdings bestünde diese Möglichkeit nur gegenüber VU aus den Staaten, mit denen keine Verträge über die Niederlassungsfreiheit abgeschlossen wurden. Auch hat der Abschluß von solchen zwischenstaatlichen Abkommen bisher noch zu keinem Ansturm von VU aus den Partnerländern auf den deutschen Versicherungsmarkt geführt. Anhand dieser Tatsachen ist die Vermutung gerechtfertigt, daß die deutsche Versicherungswirtschaft nicht allzusehr unter der ausländischen Konkurrenz zu leiden hätte¹⁾.

Der Gesetzgeber befindet sich somit in einer mißlichen Lage. Einerseits ist er gehalten, eine Zulassungsregelung zu schaffen, die den Besonderheiten eines ausländischen VU auf dem deutschen Markt Rechnung trägt. Andererseits ist er auch an das EWG-Programm gebunden. Die Regelung für VU aus Drittländern in der EWG-Versicherungsrichtlinie sieht, wie oben angegeben, vor, daß gemäß Art.23 Unternehmen, die nicht der EWG angehören, keinerlei Rechtsanspruch auf Zulassung haben sollen²⁾.

Wie in §§ 12 und 12a GewO müßten danach zwei verschiedene Zulassungsregelungen im VAG geschaffen

1) Vgl. vorstehend Meldung des Sonderdienstes der Vw, 1965 Nr. 10

2) Vgl. Besprechung von Fahr, S.152

werden. Die Zulassungsregelung für inländische und EWG-angehörige Unternehmen müßte dann im Wege einer gebundenen Erlaubnis erfolgen, sofern man nicht, wie es schon angesprochen wurde, überhaupt vom Konzessionsprinzip abgeht und sich mit einer Anmeldungspflicht begnügt. Bei Erfüllung der einzelnen - wegen des Grundsatzes der Überschaubarkeit möglichst enumerativ aufgeführten - Zulassungsvoraussetzungen würde ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis bestehen. Allerdings wird die Situation weitaus komplizierter, wenn es gilt, die Zulassung von VU aus Drittländern zu regeln. Im Wege der Zulassung nach freiem Ermessen kann diese wegen Verstoßes gegen das Grundgesetz nicht mehr durchgeführt werden. Als Rechtsfigur, die einen Rechtsanspruch auf Zulassung nicht gewährt, bliebe nach überkommenem deutschen Verwaltungsrecht nur noch das repressive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt übrig. In diesem Falle müßte der Gesetzgeber die Inlandstätigkeit von VU aus Drittländern als grundsätzlich verboten erklären und eine Ausnahmeregelung schaffen. Allerdings entfällt bisher der Hauptanteil des Inlandsgeschäftes ausländischer VU auf Unternehmen aus Drittländern. Da das Interesse solcher Unternehmen auf Zulassung zum deutschen Versicherungsmarkt anwächst, könnten diese nur noch beschränkt zugelassen werden, damit der Ausnahmeharakter der Norm erhalten bliebe und das repräsentative Verbot nicht unterlaufen würde. Berücksichtigt man aber die Tatsache, daß zugelassene VU aus Drittstaaten ihre Tätigkeit fortsetzen dürfen und bestehende zwischenstaatliche Abkommen gemäß Art. 234 EWG-Vertrag unberührt bleiben, so ist anzunehmen, daß der EWG-Versicherungsmarkt als gesättigt anzusehen sein wird und damit für VU aus Drittländern ohnehin unattraktiv würde.

3. Die Notwendigkeit einer baldigen Neuregelung

Die angestellten Erwägungen wären allerdings weitgehend theoretischer Natur, wenn die Möglichkeit, §§ 106 Abs. 2, 111 Abs. 2 VAG für verfassungswidrig zu erklären, praktisch überhaupt nicht bestünde. In diesem Falle hätte der Gesetzgeber Zeit, für den EWG-Bereich eine anderweitige Regelung zu treffen und könnte die bisherige Zulassungsregelung im übrigen so belassen.

Die Verfassungswidrigkeit wurde im vorliegenden Falle mit einem Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip begründet. Der darin enthaltene Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist zwar ein ungeschriebener Satz des Verfassungsrechts, der die rechtsetzende und vollziehende Gewalt unmittelbar bindet. Er hat jedoch keinen Grundrechtscharakter, und damit kann auf seine Verletzung keine Verfassungsbeschwerde gestützt werden¹⁾. Abgesehen davon, daß ein ausländisches VU niemals sofort Verfassungsbeschwerde erheben könnte, wäre diese aus diesem Grund in jedem Fall als unbegründet zurückzuweisen.

Nimmt man jedoch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 Abs. 1 GG ernst²⁾, so könnte sich eine andere Rechtslage ergeben. Danach schränkt jedes formell oder materiell verfassungswidrige Gesetz die allgemeine Handlungsfreiheit des Betroffenen in unverhältnismäßiger Weise ein. Die Argumentation, Art. 12 GG sei als Deutschenrecht lex specialis gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG, verfängt hier nicht, da die Thematik verschieden ist. Es geht hier nicht um den (dem Ausländer verwehrten) grundrechtlich garantierten Rechtsanspruch auf Er-

1) Ruppel, S.61; BayVerfGE 8, 52 ff

2) BVerfGE 6, 32; 6, 389; 7, 111; 9, 3; 10, 89;
10, 354; 11, 234; 12, 296; 21, 54

laubnis zum Geschäftsbetrieb, sondern um das Recht des einzelnen, in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit nicht durch rechtsstaatswidrige Gesetze beschränkt zu werden. Zwar stünde einem totalen Verbot ausländischer Versicherungstätigkeit im Inland verfassungsrechtliche Bedenken nicht entgegen. Schafft der Gesetzgeber lediglich ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, so muß dieses den erwähnten rechtsstaatlichen Anforderungen genügen. Insoweit ist nicht einzusehen, warum eine Verfassungsbeschwerde nicht auch auf eine Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG gestützt werden könnte.

Entscheidend für die Justiziabilität dürfte aber sein, daß ein die Zulassung begehrendes ausländisches VU gar nicht der Verfassungsbeschwerde bedarf, da das Verwerfungsmonopol nicht beim Bundesverfassungsgericht liegt. Das VAG ist ein vorkonstitutionelles Gesetz. Die Zulassungsvorschriften wurden seit Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht geändert; insofern ist auch nicht anzunehmen, daß sie infolge Änderung in den Willen des nachkonstitutionellen Gesetzgebers aufgenommen worden sind. Auch ansonsten wurde an der Gesamtkonzeption des VAG nichts Nennenswertes geändert, so daß dieses nicht zum nachkonstitutionellen Gesetz geworden ist. Nach unbestrittener Meinung ist jedes Gericht befugt, über die Vereinbarkeit eines vorkonstitutionellen Gesetzes mit dem Grundgesetz zu befinden. Daher wäre es durchaus denkbar, daß § 106 VAG von einem Verwaltungsgericht im Rahmen eines Rechtsstreites zwischen einem ausländischen VU und dem Bundeswirtschaftsminister für verfassungswidrig erklärt werden könnte. Allerdings hätte das Urteil dann nicht die Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG, so daß ein anderes Gericht nicht gehindert

1) wie beispielsweise die StVO.

wäre, anders zu entscheiden. Diese Rechtszersplitterung ist jedoch nur theoretisch denkbar. Gemäß § 52 Nr.2 VwGO ist für Anfechtungsklagen gegen VA von Bundesbehörden das Verwaltungsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Bundesbehörde, hier der Bundeswirtschaftsminister, seinen Sitz hat. Das gleiche gilt für Verpflichtungsklagen. Im Wege des Instanzenzuges würden daher immer nur drei Gerichte zur Entscheidung berufen sein: das VG in Köln, das OVG in Münster und das Bundesverwaltungsgericht in Berlin¹⁾. Daher würde sich schnell eine feststehende Rechtsprechung herausbilden und §§ 106 Abs.2 und 111 Abs. 2 VAG nicht mehr angewendet werden können. Bis jetzt hat es während der Geltung des VAG kaum Rechtsstreitigkeiten über das Zulassungsverfahren gegeben, insbesondere sind keine Urteile über die Zulassung ausländischer VU ersichtlich. Vor Erlass des Grundgesetzes war ja auch die Regelung des § 106 VAG unbestritten, und bis in die jüngste Zeit galt die Rechtsfigur des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt als fester Bestandteil des deutschen Verwaltungsrechts. Damit ist jedoch keineswegs ausgeschlossen, daß die Frage nicht doch einmal zum Gegenstand richterlicher Prüfung gemacht wird. Vielmehr ergibt sich aus dem Vorstehenden, daß die Möglichkeit jederzeit besteht, daß die §§ 106 Abs. 2, 111 Abs. 2 VAG für verfassungswidrig erklärt werden. Die Folgen für die inländische Versicherungswirtschaft wären wahrscheinlich nicht so gravierend, wie es auf den ersten Blick erscheint, jedoch sind hier wohl kaum genaue Prognosen zu stellen. Es ergibt sich also eine Notwendigkeit und Eilbedürftigkeit einer Änderung zumindest der erwähnten zwei Bestimmungen. Der Bundesgesetzgeber sei hierzu aufgerufen.

1) Eine erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts besteht nicht; da der BWM Zulassungsbehörde ist, gilt § 10 a BAG nicht.

Anhang : T a b e l l e n
=====

Anzahl ausländischer Versicherer in Deutschland

Versicherungszweige

Land	Jahr	Leben	Unfall	Haft- pflicht	Feuer	Einbruch- Diebstahl	Glas	Maschine	Wasser- leitung	Auto	Hagel	Kautions	Aufruhr	Transport	Rück	Gesamtzahl ausländi- scher Ver- sicherer in Deutsch- land
Argentinien	1928	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
	1928	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	3	-	3
	1936	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Brasilien	1925	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
	1928	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1
	1936	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Dänemark	1925	-	-	-	4	2	-	-	-	-	-	-	-	2	-	6
	1928	-	-	-	4	2	-	-	-	1	-	-	-	2	-	8
	1936	-	-	-	4	2	-	-	-	1	-	-	-	1	-	5
Danzig	1925	-	-	1	2	-	-	-	-	1	1	-	-	3	-	7
	1928	-	-	1	2	1	-	-	-	-	1	-	-	2	-	4
	1936	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2
England	1925	-	-	-	13	2	-	-	-	-	-	-	-	8	-	18
	1928	-	-	-	19	6	1	-	1	1	-	-	2	27	-	38
	1936	-	3	3	19	11	5	1	4	3	-	-	7	23	1	42
Holland	1925	-	-	-	1	1	-	-	-	-	-	-	-	4	-	5
	1928	-	-	-	1	1	-	-	-	-	-	-	-	6	-	8
	1936	-	-	-	1	1	-	-	1	-	-	-	-	4	-	5
Italien	1925	1	-	-	2	2	1	1	-	-	-	-	1	1	-	2
	1928	1	-	-	2	2	1	-	-	-	-	-	-	3	-	4
	1936	1	-	-	2	2	1	-	-	-	-	-	-	1	-	3
Jugoslawien	1925	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
	1928	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1
	1936	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Österreich	1925	5	3	3	1	2	-	1	2	2	-	-	-	3	-	10
	1928	3	3	3	-	1	-	1	1	2	-	-	-	3	-	8
	1936	2	2	2	-	1	-	-	1	2	-	-	-	2	1	7
Peru	1925	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
	1928	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1
	1936	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Schweden	1925	-	-	-	2	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	3
	1928	-	-	-	2	1	-	-	-	-	-	-	-	2	-	5
	1936	-	-	-	2	1	-	-	-	-	-	-	-	2	-	4
Schweiz	1925	2	3	2	3	6	-	1	2	2	-	2	1	5	-	13
	1928	5	3	2	3	6	1	1	2	2	-	3	1	7	-	17
	1936	4	3	2	3	6	2	1	4	3	-	2	1	4	1	17
Tschecho- slowakei	1925	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
	1928	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	-	2
	1936	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1
Norwegen	1925	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
	1928	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
	1936	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	-	2
Ungarn	1925	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1
	1928	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1
	1936	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	1
U.S.A.	1925	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	2
	1928	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	2	-	3
	1936	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	1	-	3	1	6
Zusammen	1925	8	7	6	29	15	1	3	4	5	1	2	2	29	-	67
	1928	9	7	6	34	20	3	2	4	6	1	3	3	63	-	104
	1936	7	9	8	32	24	8	2	10	9	1	3	8	44	4	95

Quelle: Versicherungsbrief Cuntz, Kap. I 5,2
 "Ausländische Gesellschaften in Deutschland"

Tabelle 1

Übersicht

Über die Anzahl der 1938 im ehem. Deutschen Reich und 1950, 1958 sowie 1962 in der Bundesrepublik einschl. Berlin (West) arbeitenden aufsichtspflichtigen und nicht aufsichtspflichtigen ausländischen Versicherungsunternehmen

Lfd. Nr.	Staat	Anzahl insgesamt					davon									
		1938	1950	1958	1962	1962	1938	1950	1958	1962	1962	1938	1950	1958	1962	1962
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17
1	Australien	-	-	1	1	-	-	-	-	-	-	1	1	-	-	-
2	Belgien	-	-	2	3	-	-	-	-	-	-	2	3	-	-	-
3	Danzig	2	-	-	-	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
4	Dänemark	6	5	4	5	4	3	3	4	2	2	1	1	-	-	-
5	England	44	15	52	55	20	2	11	12	24	13	41	43	-	-	-
6	Frankreich	-	-	13	21	-	-	1	4	-	-	12	17	-	-	-
7	Indien	-	-	3	3	-	-	-	-	-	-	3	3	-	-	-
8	Irland	-	-	2	2	-	-	-	-	-	-	2	2	-	-	-
9	Italien	5	6	6	6	2	2	2	2	3	4	4	4	-	-	-
10	Japan	1	-	2	2	-	-	-	-	1	-	2	2	-	-	-
11	Kanada	-	-	1	1	-	-	-	-	-	-	1	1	-	-	-
12	Neuseeland	-	-	1	1	-	-	-	-	-	-	1	1	-	-	-
13	Niederlande	6	4	15	16	1	1	1	1	5	3	14	15	-	-	-
14	Norwegen	2	-	-	-	-	-	-	-	2	-	-	-	-	-	-
15	Österreich	-	4	4	4	-	3	3	3	-	1	1	1	-	-	-
16	Schweden	6	6	6	6	2	2	2	2	4	4	4	4	-	-	-
17	Schweiz	17	15	19	20	12	10	14	15	5	5	5	5	-	-	-
18	Spanien	-	-	2	2	-	-	-	-	-	-	2	2	-	-	-
19	Tschechosl.	1	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-
20	Ungarn	1	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
21	USA	7	2	11	13	2	1	4	5	5	1	7	8	-	-	-
22	Venezuela	-	1	1	1	-	-	-	-	-	1	1	1	-	-	-
23	Südafrika	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
alle Staaten		98	58	146	163	46	24	41	48	52	34	105	115	-	-	-

Quelle: Schmitz, VerBAV 1963, 51 ff

Anzahl der unter Aufsicht stehenden
Versicherungsunternehmungen

Jahr	Aktiengesell- schaften		Größere Ver- sicherungs- vereine	Öffentlich- rechtliche Versicherungs- unternehmungen	Sonstige Rechts- formen
	inländ.	ausländ.			
1910	107		575		8
1920	138		741		11
1924	318		583		20
1930	194		373		17
1938	143		675		9
1953	134	25	237	60	3
1960	153	43	124	62	6
1965	173	45	121	60	3
1966	173	44	122	59	3
1967	173	44	121	59	3
1968	175	43	119	59	3

Quelle: Sonderdruck aus Paul Braeß, Die Konzentration in der
Wirtschaft. 2. Band, 2. Auflage, Berlin 1961, S.464

Übersicht

Über die Anzahl der 1958 bzw. 1962 in der Bundesrepublik einschl. Berlin (West) arbeitenden aufsichtspflichtigen und nicht aufsichtspflichtigen ausländischen Versicherungsunternehmen, deren Mutterländer zu den OECD-Staaten gehören

Tabelle 2

Lfd. Nr.	Staat	Anzahl insgesamt		davon aufsichtspflich- tig		nicht aufsichts- pflichtig	
		1958	1962	1958	1962	1958	1962
1	2	3	4	5	6	7	8
1	Belgien	2	3	-	-	2	3
2	Dänemark	4	6	3	4	1	1
3	Frankreich	13	21	1	4	12	17
4	Griechenland	-	-	-	-	-	-
5	England	52	55	11	12	41	43
6	Irland	2	2	-	-	2	2
7	Island	-	-	-	-	-	-
8	Italien	6	6	2	2	4	4
9	Luxemburg	-	-	-	-	-	-
10	Niederlande	15	16	1	1	14	15
11	Norwegen	-	-	-	-	-	-
12	Österreich	4	4	3	3	1	1
13	Portugal	-	-	-	-	-	-
14	Schweden	6	6	2	2	4	4
15	Schweiz	19	20	14	15	5	5
16	Türkei	-	-	-	-	-	-
Alle Staaten		123 ¹⁾	138 ²⁾	37 ³⁾	43 ⁴⁾	86 ⁵⁾	95 ⁶⁾

Quelle: Schmitz, VerBAV 1963, 51 ff

Die Geschäftsentwicklung
der unter Bundesaufsicht stehenden aufsichtspflichtigen ausländischen Versicherungsunternehmen ^{1) 2)}

Tabelle 3

Geschäfts- jahr 3)	Lebensversicherung			Sachversicherung			Insgesamt		
	Anzahl	Beiträge in Mill. DM	v.H. 7)	Anzahl	Beiträge in Mill. DM	v.H. 7)	Anzahl	Sp. 3 u. 6 Beitr. in Mill. DM	v.H. 5)
1952	6	17,0	1,5	18	69,2	5,2	24	86,2	2,9
1953	6	17,8	1,4	19	79,8	5,8	25	57,6	2,8
1954	6	21,8	1,5	22	94,3	6,0	28	116,1	3,0
1955	6	33,4	2,1	24	125,2	6,2	30	158,6	3,4
1956	6	38,1	2,2	26	144,5	6,2	32	182,6	3,5
1957	6	47,4	2,3	30	170,3	6,5	36	217,7	3,7
1958	6	52,1	2,3	30	195,1	6,5	36	247,2	3,7
1959	6	62,4	2,4	33	228,2	6,8	39	290,6	3,8
1960	8	73,0	2,4	35	283,2	7,0	43	356,2	4,1
1961	8	86,7	2,5	37	329,2	7,2	45	415,9	4,1

Quelle: Schmitz, VerBAV 1963, 51 ff

Die Entwicklung der Transportversicherung ¹⁾

Beiträge in Mill. DM

Tabelle 4

Jahr	Beiträge ²⁾ insgesamt	davon entfallen auf ³⁾ aufsichtspflichtige VU		davon entfallen auf aufsichtsfreie VU	
		Anzahl der VU	Beiträge	Beiträge	in v.H. von Spalte 2
1	2	3	4	5	6
1950	100,0	48	84,7	15,3	15,3
1951	140,0	48	116,4	23,6	16,9
1952	170,0	49	142,4	27,6	16,2
1953	200,0	52	161,9	38,1	19,1
1954	220,0	52	187,8	32,2	14,6
1955	255,0	59	214,0	41,0	16,1
1956	293,5	62	234,4	50,1	17,1
1957	341,5	69	289,6	51,9	15,2
1958	378,3	74	330,2	48,1	12,7
1959	405,0	78	354,3	50,7	12,5
1960	425,0	85	374,1	50,9	12,0
1961	455,0 ⁴⁾	86	397,6 ⁵⁾	57,5 ⁶⁾	12,6

Quelle: Schmitz, VerBAV 1963, 51 ff

Ausländische Kapitalbeteiligungen an deutschen Versicherungs-
unternehmen

(Auswahl aus: "Wer gehört zu wem?" , 1971, alljährlich heraus-
gegeben von der Berliner Commerzbank)

Aachen-Leipziger Vers.AG,Aachen = Schweizerische Rückversiche-
rungs-Gesellschaft,
Zürich (Schweiz) über 25 %

Agrippina Versicherungs AG,Köln = "Zürich" Versicherungsgesell-
schaft Zürich (Schweiz)
über 95 %

Albingia Versicherungs-AG, = Guardian Assurance Company Ltd.
Hamburg London oa. 76,35 %

Allg. Kreditversicherung AG, = Nederlandsche Credietverzekering
Mainz Maatschappij N.V. Amsterdam
Schweizerische Unfallvers.
Gesellschaft in Winterthur,
Société Francaise d'Assurances
pour Favoriser la Crédit,Paris
Trade Indamny Comp. Ltd.,
London 100 %

Allianz Vers.-AG, Berlin-München = Commercial Union Assurance
Comp. Ltd. London 5 %

Amisia Vers.AG, Köln = Assurantie Maatschappij Nieuro
Rotterdam N.V. 50 %
Rijntrust Rotterdam
N.V. 50 %

Bayerische Rück-Vers.A.G., = Schweizerische Rückversiche-
München rungs-Gesellschaft, Zürich
(Schweiz)
Neue Holding A.G., Zürich
(Schweiz) über 50 %

Berlinische Feuervereicherungs- = Bay.Rückvers. A.G., München
Anstalt, München-Berlin Schweizerische Rückversiche-
rungs-Gesellschaft, Zürich
(Schweiz) 54,0 %

Continentale Volkswohl Vers.AG, Dortmund	= AG de 1830-Compagnie Belge d'Assurances Générales Incandie, Accidents et Risquers Divers S.A., Brüssel über 25 %
Cosmos Allg. Versicherungs AG, Saarbrücken	= Les Assurances Nationales I.A.R.D., Paris 50 %
Deutsche Allgemeine Vers. AG., Frankfurt	= "Zürich" Versicherungs-Gesell- schaft, Zürich (Schweiz) 100 %
Deutsche Elementar Vers.AG., Hamburg	= Commercial Union Assurance Comp.Ltd., London 75 % Anglo-Elementar Vers. AG 20 %
Deutsche Vers.Ges. in Bremen, Bremen	= The Sea Insurance Compl. Ltd., Liverpool/Großbrit. 53,4 %
Deutscher Lloyd Lebensvers.AG., München	= Assecurazioni Generali di Trieste Venezoa, Triest (Italien) 75 %
Eos Lebensvers. AG, München Berlin-München	= Sun Alliance & London Insurance Group, London Neue Holding AG, Zürich (Schweiz) Schweizer Rückversicherungsge- sellschaft, Zürich (Schweiz) mit anderen deutschen VU über 50 %
Gilde Vers.AG, Düsseldorf, Bremen	= The London Assurance London, London 25 %
Magdeburger Feuerversicherungs- Gesellschaft, Hannover	= Neue Holding AG, Zürich (Schweiz) 19,90 % Schweizerische Rückvers.Ge- sellschaft, Zürich (Schweiz) 0,10 %
Münchener Lebensvers. AG, München	= Rinnione Adriatica di Sicurtà Sozieta per Azioni Mailand- Triest (Italien) 49,4 % "Interunfall" Internationale Unfall- u. Schadensversicherungs- gesellschaft AG, Wien 25,6 %

Patria Versicherung AG, Köln	= Agrippina Versicherung AG, Köln (s.o. diese VU ist fast ganz ausländisch)	95,9 %
Saar-Rhein Allg. Vers. AG, Saarbrücken	= La Preservatrice, Société Anonyme des Assurances à primes fixes contre. Les accidents et les risques de toute nature, Paris	45 %
Securitas Bremer Allg. Vers. AG, Bremen	= The London Assurance, London	80 %
Schwarzmeer u. Ostsee Vers. AG, SOVAG, Hamburg	= Ingosstrakh, Moskau Sowfracht, Moskau	70 % 30 %
Schweizer National Vers. AG. in Deutschland, Frankfurt/M.	= Schweizerische National Vers.-Gesellschaft, Basel (Schweiz)	100 %
Union u. Rhein Vers. AG. Berlin-München	= Neue Holding A.G. Zürich (Schweiz) Schweizerische Rückvers. Gesellschaft, Zürich (Schweiz)	20,20 % 0,12 %
Vereinigte Krankenvers. AG, Berlin-München	= Neue Holding AG, Zürich (Schweiz)	67,00 %
Winterthur-Garantie Deutsche Garantie- u. Kautions-Versicherungs AG, München	= Schweizerische Unfallvers. Gesellschaft in Winterthur, Direktion für Deutschland, München	100 %
Württembergische Feuervers. AG in Stuttgart, Stuttgart	= Neue Holding AG, Zürich (Schweiz)	12,34 %
Zenith Volks- u. Lebensvers. AG, Saarbrücken	= Levensverzekering-Maatschappij NV Rotterdams Verzekering-Societeiten (KSV), Rotterdam (Niederlande)	100 %
Zürich Kautionsvers. AG, Frankfurt/M.	= Deutsche Allg. Vers. AG, Frankfurt/M. (s.o. ist 100 % ausl. von Zürich, Vers. Gesellschaft Zürich (Schweiz))	100 %

Schweizerische Kapitalbeteiligung an deutschen VU

(Quelle: Hoppenstedt Versicherungs-Jahrbuch 1971)

Aachen-Leipziger

Schweizerische Rück (über 25 %)

Agrippina Versicherung

"Zürich" Versicherungs-Gesellschaft (69,7 %)
(lt. Geschäftsbericht der Zürich-Gruppe 1970:
rund 98 %)

Allgemeine Kreditversicherung

Schweizerische Unfallversicherungs-Ges. in
Winterthur (offenbar nur kleiner Anteil,
Höhe unbekannt)

Bayerische Rück

Schweizerische Rück (70,39 %)

Berlinische Feuer

Bayerische Rück zusammen mit Schweizerische
Rück (54 %)
(lt. Geschäftsbericht 1970 der Berlinischen
Feuer ist die Schweizerische Rück mit 29,17 %
an ihrem Grundkapital beteiligt)

Deutsche Allgemeine Versicherungs-AG

"Zürich" Versicherungs-Gesellschaft (100 %)

Eos Lebensversicherung

Schweizerische Rück (lt. Neumanns Jahrbuch
1971 : 24,9 %)

Magdeburger Allgemeine Leben

Schweizerische Rück (13 %)

Magdeburger Feuer

Schweizerische Rück (20 %)
(lt. neuester Gesellschafts-Mitteilung - Aktio-
närsbrief vom 17.8.1971 - halten die Schwei-
zerische Rück und die Bayerische Rück zusammen
mit der Berlinischen Feuer und der Aachen-Leip-
ziger eine Beteiligung von insgesamt 46 % des
nominellen Aktienkapitals)

Mannheimer Versicherungsgesellschaft

Schweizer Union Allgem. Versicherungsges.,
Genf (14,3 %)

Nach Angaben der Schweizer Union ist diese
mit 23,9 % an der Mannheimer Vers. beteiligt.
Diese - wohl zutreffende - Angabe ist auch in
Neumanns Jahrbuch 1971 enthalten.

"Schweizer National" Versicherungs-AG in Deutschland

Schweizerische National-Vers.Gesellschaft,
Basel (100 %)

Union und Rhein

Schweizerische Rück (20,3 %)

Vereinigte Kranken

Schweizerische Rück (67 %)

Winterthur-Garantie Deutsche Garantie- u. Kautions-Vers. AG

Schweizerische Unfallversicherungs-Ges. in
Winterthur (100 %)

Württembergische Feuer

Schweizerische Rück (12,3 %)

Ferner ist die Schweizerische Rück über die offenbar als Zwischen-
holding fungierende Bayerische Rück - außer an den bereits ge-
nannten VU Berlinische Feuer- und Magdeburger Feuer - noch be-
teiligt an

Allgemeine Rentenanstalt (14 %)

Eos Leben (25 %)

Rühag (100 %)

Union und Rhein (1,6 %)

Württembergische Feuer (10,64 %)

Diese Beteiligungsangaben stammen aus verschiedenen Quellen und
sind ungesichert, da sich während der letzten Monate einige
Veränderungen in den Beteiligungsverhältnissen ergeben haben.

Ansonsten sind indirekte Beteiligungsverhältnisse schweize-
rischer VU an deutschen VU in dieser Aufstellung nicht berück-
sichtigt worden.

Köln, den 22. 12. 1971

Die Rangfolge der ausländischen Lebensversicherer im deutschen Geschäft

Rangfolge		Name der Gesellschaft	Land	direkte Prämie in Mio.DM		direkter Bestand in Mio. DM	
1965	1964			1965	1964	1965	1964
1	1	Vita	CH	46,7	37,8	906,6	703,2
2	2	Schweizerische Rentenanstalt	CH	40,8	33,0	792,4	647,3
3	3	Winterthur	CH	27,2	23,0	673,1	572,2
4	4	Basler	CH	20,2	18,0	445,6	390,2
5	5	Allgemeine Assekuranz	I	8,1	6,9	155,9	135,5
6	6	Der Anker	A	2,9	2,9	63,1	61,7
7	7	La Préservatrice - Vie	F	1,4	1,3	29,4	27,5
8	8	La Nationale	F	1,2	1,1	28,3	26,3
9	9	PAX	CH	0,8	0,1	12,6	2,4
10	10	Nilimij	NL	0,1	-	4,2	0,1

Die Rangfolge der ausländischen Sachversicherer im deutschen Geschäft
(ab 5 Mio DM Bruttoprämieeinnahme)

Rangfolge		Name der Gesellschaft	Land	Bruttoprämie Mio. DM		Nettoprämie Mio. DM	
1965	1964			1965	1964	1965	1964
1	1	Erste Allgemeine	A	121,3	110,6	62,1	52,8
2	2	Zürich	CH	87,1	79,1	82,1	74,3
3	3	Schweizer.Unfall	CH	76,0	67,7	72,2	63,5
4	4	Interunfall	A	39,1	34,8	22,8	20,0
5	5	Helvetia	CH	33,8	29,5	18,9	16,8
6	6	Basler Feuer	CH	29,5	28,0	10,9	11,0
7	7	Adriatische	I	24,3	21,8	14,2	12,6
8	8	National Union	USA	23,3	17,2	3,9	2,3
9	9	Allg.Assekuranz	I	14,4	16,8	5,9	7,9
10	10	Alba	CH	9,3	8,9	7,4	3,5
11	11	The Fortune	F	8,4	8,7	1,8	1,0
12	12	United Service Automobile Ass.	USA	8,2	6,5	8,2	6,5
13	13	Svea Feuer (Skandia)	S	7,6	7,0	3,7	3,2
14	14	The Northern	GB	7,6	6,5	5,6	4,2
15	15	Ins.Comp.of North America	USA	5,1	4,3	4,6	4,1

Quelle: Schmitz, Die Marktposition der ausländischen Versicherer, ZfV 1967, 72

Versicherer, die über die deutschen Grenzen hinweg
arbeiten

Land	Anzahl der VU dieses Landes, die in Deutsch- land arbeiten	Anzahl der deut- schen VU, die in diesem Lande ar- beiten
Belgien	3	26
Dänemark	3	1
Frankreich	21	24
England	54	2
Italien	6	4
Niederlande	17	27
Österreich	4	9
Schweiz	19	5
Spanien	1	3
Sonst.europ.Staaten	7	6
Kanada	1	1
USA	15	2
Sonst.nichteurop.Staaten	11	12
Summe	162	122
=====		=====

Quelle: BAV-Geschäftsbericht 1966

L e b e n s l a u f

Bernd S p ä t e , Gerichtsreferendar

Geboren am 11. Februar 1945 in Berlin

Abitur 1965 am Ranke-Gymnasium in Berlin-Wedding

Studium der Rechtswissenschaften an der Freien Universität
Berlin 1965 bis 1970

Erste juristische Staatsprüfung im Oktober 1970 mit der
Note "vollbefriedigend"

Juristischer Vorbereitungsdienst seit Februar 1971
im Bezirk des Kammergerichts Berlin

Seit April 1971 Nebentätigkeit als wissenschaftlicher
Assistent am Lehrstuhl für bürgerliches Recht beim
Fachbereich Rechtswissenschaften der Freien Universität
(Professor Dr. Sieg)
